

ET BAGATELLPRINSIPP FOR DE FIRE FRIHETER?

Kandidatnummer: 574

Leveringsfrist: 26. november 2007

Til sammen 16 365 ord

08.07.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling	1
1.2	Det indre marked og de fire friheter	2
1.3	Begrepsbruk	7
1.4	Noen metodiske spørsmål	8
1.5	Videre disposisjon	8
<u>2</u>	<u>DET TRADISJONELLE RESTRIKSJONSBEGREPET</u>	<u>9</u>
2.1	Restriksjonsbegrepet i forhold til den frie bevegelse av varer	9
2.2	Restriksjonsbegrepet i forhold til de andre frihetene	12
2.2.1	Fri bevegelse for personer	12
2.2.2	Fri bevegelse for tjenester	14
2.2.3	Fri bevegelse for kapital	15
2.2.4	Restriksjonsbegrepet for den frie bevegelse av personer, tjenester og kapital	16
2.3	Det tradisjonelle synet på bagatellprinsippet	17
2.4	Oppsummering	20
<u>3</u>	<u>KECK-DOKTRINEN</u>	<u>22</u>
3.1	Keck-dommen	22
3.2	Etter <i>Keck</i> – kritikk og rettspraksis	24
3.3	Er <i>Keck</i> egentlig et bagatellprinsipp?	27
<u>4</u>	<u>SITUASJONER SOM FALLER PÅ SIDEN AV KECK</u>	<u>29</u>

4.1	Innledning	29
4.2	Bruks- og aktivitetsrestriksjoner	29
4.3	Adekvanskravet – utvikling mot et bagatellprinsipp?	36
4.3.1	Innledning	36
4.3.2	Rettspraksis – adekvanskravet	37
4.3.3	Utvikling mot et bagatellprinsipp?	38
4.3.4	Sammenligning av adekvanskravet og et mulig bagatellprinsipp	42
4.3.5	Konklusjon	45
<u>5</u>	<u>BØR DET VÆRE ET BAGATELLPRINSIPP INNEN DE FIRE FRIHETER?</u>	<u>47</u>
5.1	Fri bevegelse som en menneskerett?	47
5.2	Bør Keck-doktrinen erstattes av et bagatellprinsipp?	48
5.3	Blir et bagatellprinsipp for vagt og uhåndterlig?	51
5.4	Rettslige standarder i et multikulturelt rettsfellesskap	54
5.5	Rettslige standarder som et mulig demokratiproblem	55
5.6	Hvordan kan et bagatellprinsipp formuleres?	56
5.7	Konklusjon	58
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>59</u>
<u>6</u>	<u>DOMSREGISTER</u>	<u>61</u>
6.1	EF-domstolen:	61
6.2	Andre domstoler:	65
<u>7</u>	<u>LOV- OG FORARBEIDREGISTER</u>	<u>66</u>

1 Innledning

1.1 Problemstilling

EF-traktaten har skapt et indre marked som Norge er tilsluttet gjennom EØS-avtalen. Et vesentlig element i dette indre marked er de såkalte fire friheter, som innebærer en avskaffelse av restriksjoner på den frie bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital. Men hva er egentlig en restriksjon? Hvor går grensen mellom regler som kan anses som restriksjoner på bevegelse og de som ikke kan anses som restriksjoner?

Dette er et viktig spørsmål fordi det setter fokus på statenes frihet til å regulere, og dermed også formålet med det indre marked. Skal det indre marked sørge for en generell liberalisering av økonomien, også innad i medlemsstatene? Eller er det handelen mellom landene som står sentralt? I denne sammenheng kan det også spørres om i hvilken grad det i det hele tatt er mulig eller ønskelig å skille mellom disse to.

Under forutsetning av at en ønsker å begrense restriksjonsbegrepet på én eller annen måte, oppstår problemet som står sentralt i denne analysen, nemlig hvordan dette skal gjøres. Dette er både et prinsipielt og et teknisk vanskelig spørsmål.

Vi har for det første Keck-doktrinen¹, som enkelt sagt skiller mellom produktrestriksjoner og salgsrestriksjoner. For det annet har vi det såkalte adekvanskravet, som setter en grense mot de virkningene som er alt for fjerne og indirekte i forhold til den nasjonale regelen. Både Keck-doktrinen og adekvanskravet har vist seg vanskelige å anvende i praksis. Spørsmålet er derfor om et bagatellprinsipp ville vært en bedre løsning, enten som alternativ til eller i tillegg til de andre prinsippene. Et bagatellprinsipp ville unntatt restriksjoner som kun har

¹ Følger av forenede sager C-267/91 og C-268/91 Straffesag mod Bernard Keck og Daniel Mithouard. Heretter "Keck".

ubetydelige virkninger. Det kan også spørres om Keck-doktrinen og adekvanskravet egentlig er uttrykk for, eller deler av, et større bagatellprinsipp.

Innen konkurranseretten er det ubestridt at det finnes et slikt bagatellprinsipp. Formålene bak konkurransereglene er i stor grad sammenfallende med formålene bak reglene om de fire friheter, nemlig integrasjon og velferdsmaksimering.

Imidlertid finnes det flere grunner til at et bagatellprinsipp ikke ville fungert like godt for de fire friheter. Det kan hevdes at å innføre et bagatellprinsipp verken ville gjort situasjonen bedre eller enklere. I tillegg er det tradisjonelle synet at det ikke gjelder noe bagatellprinsipp for de fire friheter.²

Det bør nevnes at innholdet i det eventuelle bagatellprinsippet ikke er opplagt. Et bagatellprinsipp kan enten sies å omfatte virkninger som har lite omfang, eller virkninger som er små i økonomisk og/eller praktisk forstand. Dersom bagatellprinsippet skal dreie seg om omfang, vil en for eksempel kunne unnta restriksjoner som gjelder et lite antall personer, selv om virkningen for disse er stor. Dette fremstår ikke som noen særlig god løsning. Derimot hvis virkningen er liten i økonomisk og/eller praktisk forstand, selv om den gjelder for eksempel all import, vil bagatellprinsippet lettere kunne forsvares. Det er derfor ikke gitt at et bagatellprinsipp skal dekke begge disse tilfellene.

1.2 Det indre marked og de fire friheter

Det fundamentale betydningen av det indre marked kommer til uttrykk bl.a. i artikkel 2 som fastslår at fellesskapet har i oppgave å skape et felles marked, samt i artikkel 3 bokstav c om opprettelsen av et indre marked ved fjerning av hindringer for den frie bevegelse av varer, personer, tjenester og kapital.

² Forenede sager 177 og 178/82 Straffesager mod Jan van de Haar og Kaveka de Meern BV. Heretter "Van de Haar".

Det indre marked innen EU innebærer (1) et frihandelsområde hvor medlemsstatene fjerner alle hindringer på den frie bevegelse av varer mellom dem, (2) en tollunion hvor man har felles tollregler utad, og (3) fri bevegelse av personer, tjenester og kapital.³ I det indre marked skal det altså være fri bevegelse for både produksjonsfaktorer (arbeid og kapital) og produkter (varer og tjenester).⁴ Dette omtales gjerne som ”de fire friheter”.

Tanken bak EU var i utgangspunktet å skape et sterkt europeisk samarbeid som ville bidra til å unngå væpnede konflikter i fremtiden. Dette samarbeidet skulle først og fremst bygges opp rundt frihandel.⁵

Poenget med frihandel er å sørge for en optimal fordeling av ressurser mellom medlemsstatene, slik at produksjonsfaktorene kan flytte dit de er høyst verdsatt.⁶ Fri bevegelse av varer vil i prinsippet føre til at de varene som er mest populære blant forbrukerne, vil lykkes, uansett hvilket land de er produsert i. Dette vil igjen bidra til en generell heving av velstanden innen EU. Det samme prinsippet gjelder for den frie bevegelse av personer, tjenester og kapital.

Opprettelsen av et indre marked, basert på markedsøkonomiske prinsipper om et selvstyrt marked, kan ikke klart skilles fra den økonomiske politikken som føres innad i de ulike statene. Det er ikke så enkelt i praksis å sondre mellom regler som formelt sett regulerer handel over landegrensene og regler som formelt sett regulerer handel innenfor landets grenser. Igjen fører dette til at det blir vanskeligere å oppstille kriterier for hva som skal anses som restriksjoner på handelen.

³ Barnard (2007) s. 8-9.

⁴ Ibid. s. 10.

⁵ Ibid. s. 23.

⁶ Craig (2007) s. 605.

Eksempler på dette er de såkalte søndagssakene⁷, som gikk ut på at forbud mot søndagsåpne butikker kunne være en restriksjon på handelen fordi stengte butikker fører til mindre salg, som igjen fører til mindre import. Søndagssakene er eksempler på hvordan næringsdrivende så muligheten til å bruke EF-retten som ”brekkstang” mot nasjonale restriksjoner på handelen i sin alminnelighet.⁸ Gitt at reglene om søndagsstengte butikker utgjør en restriksjon på samhandelen (noe EF-domstolen kom til), og dessuten en ulovlig restriksjon (noe EF-domstolen ikke kom til), ville det ha vært helt upraktisk å ha forskjellige åpningstidsbestemmelser for salg av innenlandske og importerte produkter.⁹

At markedsøkonomiske prinsipper gjelder for handelen mellom landene, gjør at de aller fleste reguleringer i seg selv i alle fall potensielt kan hindre handelen. Skillene mellom det nasjonale og det indre marked blir i stor grad visket ut, og det er derfor vanskelig å vite hvor en skal sette grensen.

Generaladvokat Tesauro spør ganske treffende i innledningen til sitt forslag til avgjørelse i *Hünermund*¹⁰ (avsnitt 1):

”Er EØF-traktatens artikel 30 [nå artikkel 28] en forskrift, der tager sigte på en liberalisering af handelen inden for Fællesskabet, eller skal den generelt fremme den frie udøvelse af handelsvirksomhed i de enkelte medlemsstater?”

Denne saken er fra 1993, altså fra samme tid som *Keck*, og prinsippet om fri varebevegelse nedfelt i artikkel 28 hadde frem til det i stor grad blitt brukt av

⁷ Sag C-145/88 Torfaen Borough Council mod B & Q plc, sag C-169/91 Council of the City of Stoke-on-Trent og Norwich City Council mod B & O plc og sag C-312/89 Union départementale des syndicats CGT de l’Aisne mod SIDEF Conforama m.fl.

⁸ EØS-rett (2004) s. 300.

⁹ Det er imidlertid fullt tillatt å opprettholde produktkravene overfor landets egne produkter, altså å diskriminere innenlandske produkter. Se for eksempel 155/80 Bødesag mod Sergius Oebel og 237/82 Jongeneel Kaas BV m.fl. mod den nederlandske stat og Stichting Centraal Orgaan Zuivelcontrole. Det å anse produktkrav som også gjelder internt som en restriksjon, innebærer dermed ingen liberalisering internt i formell forstand.

¹⁰ Generaladvokat Tesauros innstilling av 27. oktober 1993 i sag C-292/92 Ruth Hünermund m.fl. mod Landesapothekerkammer Baden-Württemberg. Heretter “Tesauro (1993)”.

næringsdrivende til å liberalisere handelen innad i landene, jf. søndagssakene som nevnt over. Tesauro kom til at dette ikke var formålet bak artikkel 28. Han kaller bruken av artikkel 28 ”*fuldstændig forkert*” (avsnitt 26) og understreker at artikkelens naturlige rolle er å motvirke hindringer for handelen mellom landene.

*Hünermund*¹¹ omhandlet et tysk forbud mot reklame for ikke-medisinske produkter utenfor apotekene. Det var altså ikke et forbud mot å selge produktene, men mot å reklamere for dem utenfor apotekene.

Det uttales i avsnitt 28 i generaladvokatens forslag:

*”Jeg mener nemlig, at formålet med artikkel 30 [nå artikkel 28] er at **sikre de frie varebevegelser med henblik på at skabe et samordnet indre marked**, idet man fjerner de nationale foranstaltninger, der på en eller anden måde hindrer eller blot vanskeliggør varebevægelserne. Formålet med artikkel 30 [nå artikkel 28] er derimod ikke at forbyde de mest forskelligartede foranstaltninger for i sidste ende at sikre den størst mulige udvidelse af handelen.”* (min utheving).

I *Alfa Vita*¹² følges Tesauros argumentasjon opp av generaladvokat Maduro i hans forslag til avgjørelse.¹³ Her legges det vekt på at artikkel 28 ikke gir borgerne i EU en uinnskrenket rett til økonomisk eller kommersiell frihet; poenget er imidlertid å åpne opp markedene slik at produsenter og forbrukere får mulighet til å utnytte fordelene ved det indre marked fullt ut. Disse fordelene går på at spesialisering fører til effektivisering og større velstand.

Generaladvokaten uttaler i avsnitt 39:

¹¹ Sag C-292/92 Ruth Hünermund m.fl. mod Landesapothekerkammer Baden-Württemberg. Heretter ”Hünermund”.

¹² Sag C-158/04 og C-159/04 *Alfa Vita* Vassilopoulos AE (C-158/04) og Carrefour AE (C-159/04) mod Elliniko Dimosio og Nomarchiaki Aftodioikisi Ioannion. Heretter ”Alfa Vita”.

¹³ Generaladvokat Poiares Maduros innstilling av 30. mars 2006 i *Alfa Vita*.

”Det grundlæggende formål med princippet om de frie varebevægelser er desuden inden for rammerne af etableringen af det indre marked at sikre, at producenterne reelt får mulighed for at udnytte deres ret til at drive virksomhed på tværs af landegrænserne, og at forbrugerne i praksis får adgang til varer fra andre medlemsstater på samme vilkår som for indenlandske varer. Dette var hensigten hos traktatens ophavsmænd, og det er den doktrin, Domstolen fulgte, da den skulle virkeliggøre denne hensigt.”

Kjernen i artikkel 28 er altså opprettelsen av det indre marked. I *Keck* ble det også understreket av domstolen at artikkel 28 ikke kan påberopes av næringsdrivende kun for å liberalisere deres egen virksomhet, uten at dette egentlig har betydning for handelen mellom landene.

Det er klart at en åpning av et nasjonalt marked ofte kan føre til en liberalisering av den nasjonale økonomien. Dette er en naturlig, og ofte ønskelig følge av det indre marked. Det er imidlertid ikke reglene om de fire friheters ”oppgave” å liberalisere markedet innad i statene.

Etter dette bør det derfor fremstå som åpenbart at det er nødvendig med en form for avgrensning av de fire friheters virkeområde. Det er nettopp her *Keck*-doktrinen, adekvansprinsippet og spørsmålet om et eventuelt bagatellprinsipp kommer inn. De representerer alle ulike måter å begrense restriksjonsbegrepet på, og det sentrale spørsmålet her er hvilken måte som er mest hensiktsmessig.

Det bør her nevnes at en regel som kan anses som en restriksjon på samhandelen, ikke nødvendigvis er ulovlig. Dersom man har kommet til at det foreligger en restriksjon, må det vurderes om den nasjonale regelen likevel kan unntas fra forbudet fordi den er nødvendig for å ivareta allmenne hensyn. Svært mange ordninger vil derfor i praksis aksepteres selv om de er restriksjoner. Dette gjaldt for eksempel flere av søndagssakene.

Likevel er det et sentralt spørsmål hvor vidt restriksjonsbegrepet skal være. Ved bruken av allmenne hensyn stilles det nemlig en rekke krav til den nasjonale regelen, hvor domstolen

kan foreta en vurdering av regelen særlig i forhold til nødvendighet (regelen må være egnet til å vareta sitt formål, og ikke gå lenger enn nødvendig). Læren om allmenne hensyn fører derfor til at statene får begrenset spillerom for sin reguleringskompetanse, med tilsvarende økt adgang til domstolsprøving av politiske vedtak.

Denne utviklingen i forhold til artikkel 28, samt usikkerheten som rådet, ledet til at EF-domstolen i *Keck* tok et skritt tilbake. Domstolen ønsket med dette å unngå at artikkel 28 ble påberopt i alt for stort omfang. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 3.

1.3 Begrepsbruk

Innen konkurranseretten tales det om et ”bagatellunntak”. Det er også det mest nærliggende å bruke på norsk. I engelsk litteratur brukes som regel ”de minimis rule” eller ”the principle of de minimis”. Poenget er det samme, nemlig at det gjøres et unntak for restriksjoner som er små og ubetydelige i forhold til samhandelen.

Grunnen til at jeg bruker ”bagatellprinsipp” i stedet for ”bagatellunntak” er at det til en viss grad er noe uklart hvorvidt det virkelig er tale om et unntak. Dersom det er et unntak, er det også naturligvis noe å gjøre unntak fra. Det er en smakssak hvorvidt en ønsker å skille klart mellom de tilfellene der det klart nok er en restriksjon, men at denne har så ubetydelige virkninger at en gjør et unntak for den, og de tilfellene der virkningen er så ubetydelig at man ikke i det hele tatt vil si at det er en restriksjon. Poenget vil imidlertid uansett være å trekke grensen mot det som i rettslig forstand ikke er en restriksjon. Det vil derfor være mer i tråd med tankegangen bak Keck-doktrinen og adekvansprinsippet å bruke begrepet bagatellprinsipp.

1.4 Noen metodiske spørsmål

Oppgaven er ment å omhandle alle de fire frihetene, altså den frie bevegelse av varer, personer, tjenester og kapital. Imidlertid vil fokus være på den frie varebevegelse. Grunnen til dette er først og fremst at det finnes mest rettspraksis og litteratur knyttet til det, samt at Keck-doktrinen kun gjelder for varer.

Ettersom det sentrale rettskildematerialet er EF-domstolens tolkning av EU-retten, er oppgaven av praktiske grunner skrevet i et EU-rettslig perspektiv, ikke i et EØS-rettslig perspektiv. Det er ikke alltid EU-rett og EØS-rett er sammenfallende, men det indre marked og de fire frihetene er grunnleggende for begge.

Særlig er dette klart ut fra bagatellprinsippets karakter. Et slikt bagatellprinsipp vil nemlig begrense restriksjonsbegrepet, og dermed øke medlemsstatenes handlingsfrihet. Da EØS-avtalen innebærer mindre integrering enn EF-traktaten, vil det være åpenbart at ikke man innen EØS-samarbeidet skulle ha mindre handlefrihet for medlemsstatene i denne sammenheng. Analysen vil derfor være like relevant for Norge som for EU-statene.

1.5 Videre disposisjon

Jeg vil først gjøre rede for det tradisjonelle restriksjonsbegrepet, herunder en del rettspraksis forut for *Keck* og det tradisjonelle synet på bagatellprinsippet (kapittel 2). Deretter kommer jeg til å ta for meg Keck-doktrinen og etterfølgende rettspraksis, samt drøfte hvorvidt dette egentlig er å anse som et bagatellprinsipp (kapittel 3). Videre vil jeg redegjøre for situasjoner som faller på siden av Keck-doktrinen. Dette vil inkludere debatten om bruks- og aktivitetsrestriksjoner, situasjoner der EF-domstolen har anvendt adekvanskravet og synspunkter som kan antyde en utvikling mot et bagatellprinsipp (kapittel 4). Til slutt diskuteres hvorvidt det bør være et bagatellprinsipp (kapittel 5).

2 Det tradisjonelle restriksjonsbegrepet

2.1 Restriksjonsbegrepet i forhold til den frie bevegelse av varer

Fri bevegelse av varer reguleres av art. 28 – 31. Artikkel 28 (tidligere artikkel 30) lyder slik:

”Kvantitative importrestriksjoner og alle tiltak med tilsvarende virkning skal være forbudt mellom medlemsstatene, se likevel bestemmelsene nedenfor.”

Kvantitative importrestriksjoner har som regel vært uproblematisk å definere; dette vil typisk være forbud mot import av en vare eller kvotebestemmelser.

Det sentrale spørsmålet derimot vært hva som er et ”tiltak med tilsvarende virkning”. I 1970 ble det gitt et direktiv av EU-kommisjonen som bestemte hvilke tiltak som skulle anses som å ha tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner.¹⁴ Dette omfattet for det meste tiltak som vanskeliggjorde import i forhold til varer som ble produsert innenlands.

En forskjellsbehandling på grunnlag av opprinnelse vil være et eksempel på såkalt åpen diskriminering. Skjult diskriminering vil for eksempel være at nasjonale regler indirekte favoriserer innenlandske varer i forhold til importerte.¹⁵

Frem til slutten av 1970-tallet ble reglene om de fire friheter i hovedsak kun praktisert som diskrimineringsforbud rettet både mot åpen og skjult diskriminering.¹⁶ Rettspraksis utviklet så begrepet videre. Fra å kun omfatte diskriminerende ordninger, utviklet det seg et bredere forbud med fokus på selve adgangen til markedet.

¹⁴ Rdir 70/50/EØF.

¹⁵ EØS-rett (2004) s. 263-265 og 271.

¹⁶ Ibid. s. 271-273.

*Dassonville*¹⁷ omhandlet et belgisk forbud mot import av brennevin uten opprinnelsessertifikat. EF-domstolen uttalte her:

”Enhver af medlemsstaternes bestemmelser for handelen som direkte, indirekte, øjeblikkeligt eller potentielt kan hindre samhandelen i Fællesmarkedet må ansees som en foranstaltning med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner”.

Dette har i ettertid blitt kalt ”Dassonville-formelen”. Domstolen har her sannsynligvis vært inspirert av *Consten & Grundig*¹⁸, som gjaldt tolkningen av artikkel 81 (tidligere artikkel 85 som gjelder konkurransehindrende avtaler mellom næringsdrivende). Det ble her gitt en nesten identisk definisjon som i *Dassonville*. Dette viser at det finnes betydelige likheter mellom konkurranseretten og de fire friheter.

Dassonville-formelen gir en svært vid definisjon av hva som ville være en restriksjon i forhold til artikkel 28. Det var restriksjonens virkning som var utslagsgivende, ikke hvorvidt det forelå et forsøk på diskriminering eller ikke. Dassonville-formelen går dermed videre enn å kun forby diskriminering (åpen eller skjult).

*Cassis de Dijon-dommen*¹⁹ viste så i praksis at det kan foreligge en handelshindring selv om det ikke kan påvises forskjellsbehandling.²⁰ Det ble klart at nasjonale regler som regulerte hvilke produkter som kunne selges i landet, kunne klassifiseres som restriksjoner på handelen.

Saken gjaldt et tysk forbud mot salg av likør under en viss alkoholprosent. Den franske likøren Cassis de Dijon ble produsert og solgt lovlig i Frankrike, men kunne ikke selges i Tyskland fordi den hadde for lav alkoholprosent. Selv om de tyske reglene gjaldt for alle,

¹⁷ Sag 8/74 Procureur du Roi mod Benoît og Gustave Dassonville. Heretter ”Dassonville”.

¹⁸ Forenede sager 56 og 58-64 Établissements Consten S.à.r.l. og Grundig-Verkaufs-GmbH mod Kommission for De Europæiske Fælleskaber.

¹⁹ Sag 120/78 Rewe-Zentrale AG mod Bundesmonopolverwaltung für Branntwein. Heretter ”Cassis de Dijon”.

²⁰ EØS-rett (2004) s. 272.

både importerte produkter og produkter fremstilt innenlands (de var opprinnelsesnøytrale), kunne reglene representere en hindring i de tilfellene de var forskjellige fra dem som gjaldt i andre land, som for eksempel Frankrike. Dette gjorde at Cassis de Dijon ikke fikk innpass på det tyske markedet, og reglene representerte derfor en restriksjon på samhandelen.

Prinsippet som fremgår av *Cassis de Dijon* er svært viktig i forhold til det indre marked. Hvis en stat kunne nekte import og omsetning av en vare som var lovlig fremstilt i en annen medlemsstat, kun fordi varen ikke oppfylte importstatens krav til fremstilling, sammensetning og lignende, ville det i praksis utgjøre et meget effektivt hinder for samhandelen, og det indre marked ville ikke kunne gjennomføres. Da måtte man eventuelt ha harmonisert all lovgivning vedrørende varers sammensetning, emballasje og merkning, noe som klart nok ville ha vært vanskeligere i praksis.²¹

Cassis de Dijon ble fulgt opp av andre dommer som stadfestet regelen om at forskjeller i lovgivningen i forhold til hvilke produkter som kunne selges, var tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner.²²

Det rådet imidlertid en betydelig usikkerhet i forhold til restriksjonsbegrepet, særlig når det gjaldt nasjonale regler som regulerte under hvilke omstendigheter bestemte varer (eller alle varer) kunne selges og markedsføres. Dette var regler om når, hvor, hvordan, av hvem og til hvilken pris varer kunne selges. Slike bestemmelser var ikke like åpenbart egnet til å gjøre inngrep i den frie varebevegelse, da de jo ikke forbød salg av bestemte varer eller lignende. De kunne likevel ha en mer eller mindre betydelig innvirkning på samhandelen, da de ville begrense varers mulighet til å markedsføre seg og dermed få adgang til nye markeder.^{23 24}

²¹ Generaladvokat Jacobs' innstilling av 24. november 1994, avsnitt 25 i sag C-412/93 Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec mod TF1 Publicité SA og M6 Publicité SA . Heretter "Jacobs (1994)".

²² EØS-rett (2004) s. 299.

²³ Jacobs (1994), avsnitt 26.

²⁴ Heller ikke i forhold til regler om salg og markedsføring krever artikkel 28 noe i forhold til landets egne produkter. Her er det imidlertid enda mindre praktisk med egne regler kun for importerte varer. Dermed blir den reelle virkningen av at så vidt restriksjonsbegrep at man går langt i å presse frem en liberalisering også internt i det enkelte land.

Domstolen utviklet etter hvert en praksis som innebar en mer mekanisk anvendelse av Dassonville-formelen, og restriksjonsbegrepet ble gradvis utvidet til også å omfatte markedsføringsregler.²⁵ Et eksempel er *GB-Inno*²⁶ hvor et luxemburgsk forbud mot bl.a. det å angi ”før og nå-priser” ble ansett for å være en restriksjon etter artikkel 28. Dette forbudet gjorde det nemlig vanskeligere for belgiske supermarkeder å reklamere for sine varer i Luxemburg, og representerte derfor en indirekte hindring for samhandelen.

Restriksjonsdefinisjonen ble stadig utvidet ytterligere gjennom rettspraksis. Det kan bl.a. nevnes dommene *Cinéthèque*²⁷, *Oosthoek*²⁸ og *Torfaen*²⁹. Sistnevnte dom var en av de såkalte ”søndagssakene”, som nevnt tidligere, hvor de næringsdrivende hadde brukt artikkel 28 i et forsøk på å utvide sin alminnelige handlefrihet. Restriksjonsbegrepet ble dermed, etter manges mening, strukket for langt i forhold til formålet med de fire friheter.³⁰

2.2 Restriksjonsbegrepet i forhold til de andre frihetene

2.2.1 Fri bevegelse for personer

Den frie bevegelse for personer innebærer både fri etableringsrett, og fri bevegelse for arbeidstakere og andre fysiske personer.

²⁵ Jervell (1997), s. 502-503.

²⁶ Sag C-362/88 GB-INNO-BM mod Confédération du commerce luxembourgeois.

²⁷ Forenede sager 60 og 61/84 Cinéthèque SA m.fl. mod Fédération nationale des cinémas français. Denne saken dreide seg om et fransk forbud mot å selge eller leie ut filmer før det var gått en viss tid etter filmen hadde gått på kino.

²⁸ Sag 286/81 Straffesag mod Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV. Saken omhandlet et nederlandsk forbud mot å bruke gaver som en markedsføringsmetode. Det var her tale om salg av leksikon, hvor det ble brukt gaver som incentiv for å markedsføre leksikonet.

²⁹ Sag C-145/88 Torfaen Borough Council mod B & Q plc.

³⁰ Det kan også nevnes at Cassis de Dijon og den stadige utvidelsen av restriksjonsbegrepet gav ytterligere incentiver til å effektivisere beslutningsprosessene i EU og fokusere mer på harmonisering av lovgivning. Som nevnt tidligere, førte fjerningen av handelsreguleringer på nasjonalt nivå til en generell liberalisering. Dette ble forsterket av at det ikke ble gjort tilsvarende regulering på fellesskapsnivå. At Cassis de Dijon førte til økte krav om harmonisering, er et godt eksempel på en ”spillover” fra økonomisk integrasjon til politisk integrasjon. (Graver (2002) s. 47-48.)

Artikkel 39 gir arbeidstakere mulighet til å bevege seg fritt rundt i EU. En sentral dom er *Bosman*³¹. Saken omhandlet krav om overgangssummer mellom fotballklubber for spillere etter kontraktstidens utløp. Selv om disse reglene virket likt for alle fotballspillere, uavhengig av nasjonalitet, utgjorde reglene en restriksjon på den frie bevegelsen.³²

Domstolen har derfor siden *Bosman* formulert seg slik at restriksjoner på den frie bevegelse for arbeidstakere er forbudt, uten å fokusere på om det foreligger diskriminering eller ikke.³³

Dette kommer også frem i *Burbaud*³⁴, hvor det uttales i avsnitt 95:

*”Det følger af fast praksis, at som hindringer for arbejdskraftens frie bevægelighed betragtes enhver form for nationale regler, som ganske vist finder anvendelse uden forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, men som kan gøre det **vanskeligere eller mindre attraktivt** for en EF-statsborger at udøve den i traktaten sikrede grundlæggende frihed (jf. i denne retning bl.a. dom af 31.3.1993, sag C-19/92, Kraus, Sml. I, s. 1663, præmis 32).”* (min utheving).

Det avgjørende er altså om de nasjonale reglene gjør det vanskeligere eller mindre attraktivt å utøve sin frihet.

Etableringsretten beskyttes av artikkel 43. Denne gjelder både selvstendige næringsdrivende og selskaper.

Utgangspunktet er at diskriminerende ordninger alltid anses som restriksjoner. Domstolen har imidlertid, som med de andre frihetene, beveget seg bort fra kun å skille mellom diskriminering og ikke-diskriminering. Med *Gebhard*³⁵ skiftet domstolen fokus fra

³¹ Sag C-415/93 Union royale belge des sociétés de football association ASBL m.fl. mod Jean-Marc Bosman m.fl.

³² EØS-rett (2004) s. 353.

³³ Ibid. s. 353.

³⁴ Sag C-285/01 Isabel Burbaud mod Ministère de l'Emploi et de la Solidarité.

³⁵ Sag C-55/94 Reinhard Gebhard mod Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano.

likebehandling til fjerning av hindringer for markedsadgang.³⁶ Denne saken omhandlet en tysk advokat som hadde etablert seg i Italia og tatt tittelen ”avvocato” uten å være registrert som advokat. Ved avgjørelsen av om de italienske reglene representerte en restriksjon, var det avgjørende i følge domstolen hvorvidt de kunne ”*hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende*”³⁷. (min utheving).

Et annet eksempel er *C-439/99 Kommissionen mot Italia*³⁸ som bl.a. gjaldt varemesser. Det ble her uttalt restriksjoner på etableringsfriheten og den frie bevegelse av tjenester:

”Alle foranstaltninger, som forbyder, medfører ulemper for eller gør udøvelsen af disse friheder mindre interessant, skal betragtes som sådanne begrænsninger (...)”.³⁹ (min utheving).

Det avgjørende er altså om de nasjonale reglene gjør det mindre interessant eller attraktivt for vedkommende arbeidstaker, selvstendig næringsdrivende eller juridisk person å flytte på seg til en annen EU-stat. Alle hindringer som kan stå i veien for den frie bevegelse kan derfor anses for å være restriksjoner.

2.2.2 Fri bevegelse for tjenester

Den frie bevegelse for tjenester reguleres av artiklene 49 og 50. Artikkel 49 bestemmer at det ikke skal være restriksjoner på adgangen til å yte tjenester over landegrensene innen EU, mens artikkel 50 (2) slår fast at en tjenesteyter skal kunne utøve sin virksomhet i en annen stat på samme vilkår som statsborgerne i vedkommende stat.⁴⁰

³⁶ Barnard, op. cit., s. 353.

³⁷ Gebhard, avsnitt 37.

³⁸ Sag C-439/99 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod den Italienske Republik.

³⁹ Sag C-439/99, avsnitt 22.

⁴⁰ EØS-rett (2004) s. 439.

Praksis fra EF-domstolen viser for det første at det gjelder et diskrimineringsforbud, og at dette både rammer ulik behandling på grunnlag av statsborgerskap samt på grunnlag av etableringssted.⁴¹ Ikke-diskriminerende hindringer på handelen vil imidlertid også utgjøre restriksjoner.⁴²

En sentral dom er *Alpine Investments*⁴³, som gjaldt et nederlandsk forbud mot å kontakte potensielle kunder på telefon. Dette representerte en hindring for et foretak i Nederland som ønsket å tilby finansielle tjenester til kunder i utlandet. Domstolen uttalte her:

*”Ganske vist er et forbud som det i hovedsagen omhandlede generelt og ikke-diskriminerende og har hverken som formål eller virkning at give de indenlandske virksomheder en fordel frem for tjenesteydere fra andre medlemsstater. Ikke desto mindre er det som ovenfor påvist (se præmis 28) egnet til at hindre den frie udveksling af tjenesteydelser af grænseoverskridende karakter.”*⁴⁴ (min utheving).

Det kommer også her, som i sakene nevnt under fri bevegelighet for personer, klart frem at det ikke kreves diskriminering for at de nasjonale reglene skal kunne anses som restriksjoner på handelen.

2.2.3 Fri bevegelighet for kapital

Etter artikkel 56 er alle restriksjoner på kapitalbevegelighet og betalinger mellom medlemsstatene forbudt.

Da kapitalbevegeligheten ikke ble liberalisert i samme tempo som de andre frihetene, kunne statene lenge legge store restriksjoner på bevegeligheten.⁴⁵ Det er først i løpet av

⁴¹ I.c.

⁴² Se f.eks. sag C-76/90 Manfred Säger mod Dennemeyer & Co. Ltd.

⁴³ Sag C-384/93 Alpine Investments BV mod Minister van Financiën.

⁴⁴ Alpine Investments, avsnitt 35.

⁴⁵ Barnard, op. cit., s. 531.

1990-tallet at antall saker for domstolen har økt betydelig. Et gjennomgående trekk ved rettspraksis har vært at EF-domstolen i stor grad har brukt prinsipper utviklet i forhold til de andre frihetene, særlig den frie bevegelighet for tjenester.

Domstolen har også i forhold til restriksjonsbegrepet ofte formulert seg noe på samme måte som når det gjelder den frie bevegelighet av personer. Det fokuseres på om den aktuelle nasjonale regelen gjør det mindre attraktivt å flytte kapital. Et eksempel er de forente sakene *C-282/04 og C-283/04 Kommisjonen mot Nederland*⁴⁶. Her uttalte domstolen i avsnitt 19:

*”(...) når det drejer sig om disse to former for investeringer, skal nationale foranstaltninger, som kan hindre eller begrænse erhvervelsen af aktier i de omhandlede virksomheder, eller som **kan afholde investorer** fra andre medlemsstater fra at investere i disse virksomheders kapital, kvalificeres som »restriktioner« (...)”*(min utheving).

Samme uttrykk (”avholde”) brukes også i *Sandoz-dommen*⁴⁷. I *Trummer og Meyer*⁴⁸ tales det om nasjonale bestemmelser som vil gjøre pantesikkerheten mindre ”attraktiv”, og dermed ”avholde” enkelte fra å fastsette en fordring i en annen medlemsstats valuta.

2.2.4 Restriksjonsbegrepet for den frie bevegelighet av personer, tjenester og kapital

Vi har sett overfor at restriksjonsbegrepet har utviklet seg i stor grad i samme retning for alle de fire frihetene. Som for den frie varebevegelighet har restriksjonsbegrepet for de andre frihetene blitt utvidet fra å i utgangspunktet kun ramme diskriminerende ordninger til å ramme ordninger som hindrer markedsadgang.

⁴⁶ Forenede sager C-282/04 og C-283/04 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Nederlandene.

⁴⁷ Sag C-439/97 Sandoz GmbH mod Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland, avsnitt 19.

⁴⁸ Sag C-222/97 Manfred Trummer og Peter Mayer.

Det samme prinsipielle spørsmålet oppstår i forhold til den frie bevegelighet av personer, tjenester og kapital som med varer, nemlig om restriksjonsbegrepet i visse situasjoner favner for vidt i forhold til målsettingen med et indre marked. Det er altså her også behov for en form for avgrensning av restriksjonsbegrepet.

2.3 Det tradisjonelle synet på bagatellprinsippet

Det tradisjonelle synet har vært at det ikke finnes noe bagatellprinsipp innen de fire friheter. De sentrale dommene her er *Van de Haar* og *Corsica Ferries*⁴⁹.

Van de Haar omhandlet nederlandske regler for omsetning av tobakksvarer. Domstolen uttaler i avsnitt 13:

*”Det må herved fremhæves, at traktatens artikel 30 [nå artikkel 28] for så vidt angår foranstaltninger, der kan betegnes som foranstaltninger med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion, ikke sonderer efter i hvilken grad foranstaltningerne påvirker handelen mellem medlemsstater. Når en national foranstaltning kan hindre indførslerne, skal den anses for en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion, **selv hvis hindringen er ringe** og der er andre muligheder for afsætning af de indførte varer.”* (min utheving).

En regel vil altså anses for å være en restriksjon selv om hindringen er ”ringe”, altså liten eller ubetydelig. Dommen satte standarden for senere rettspraksis, og den slo klart fast i avsnitt 14 at reglene om de fire friheter ikke kunne sammenlignes med konkurransereglene (der man jo har et bagatellprinsipp).

Corsica Ferries (fri bevegelighet av tjenester) bekreftet at det ikke var rom for et bagatellprinsipp innen de fire friheter. Saken omhandlet avgifter et rederi måtte betale for

⁴⁹ Sag C-49/89 *Corsica Ferries France* mod Direction générale des douanes françaises. Heretter ”*Corsica Ferries*”.

passasjerer på havnen på Korsika. Domstolen understreket her den fundamentale betydning av de fire friheter. Den uttaler i avsnitt 8:

*”Som Domstolen ofte har fastslået, er EØF-Traktatens artikler om den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital bestemmelser, der er grundlæggende for Fællesskabet, og **selv den mindste begrænsning** af de nævnte friheder er retsstridig.”* (min utheving).

Domstolen legger her stor vekt på at de fire friheter er grunnleggende prinsipper for EU-retten. Dersom man virkelig skal ta disse alvorlig, er det ikke rom for noe bagatellprinsipp; det må slås ned på hver minste restriksjon.⁵⁰

I generaladvokat Van Gervens forslag til dom i *Torfaen*⁵¹ (en av de såkalte søndagssakene som nevnt tidligere) nevnes også bagatellprinsippet. Mortelmans fremholder at Van Gerven i denne saken implisitt bruker et bagatellprinsipp.⁵² Grunnlaget for dette er en av generaladvokatens uttalelser i avsnitt 24:

”... hvor nationale bestemmelser ”styrker opdelingen”, er der klart intet spørgsmål om at anvende et ”de minimis”-princip, eftersom muligheden for at anvende forbuddet i artikel 30 [nå artikkel 28] i denne situation allerede forudsætter, at der foreligger en alvorlig, dvs. ikke blot en mærkbar, hindring for samhandelen mellem medlemsstaterne.”

Siden det i *Torfaen* ikke var tale om en ”styrket oppdeling” av markedet, altså vanskeliggjøring av markedsadgangen, og det ikke var noen merkbar hindring, mener Mortelmans at Van Gerven de facto anvender et bagatellprinsipp når han konkluderer med at det ikke forelå noen restriksjon.⁵³ Dette ble imidlertid ikke nevnt i selve dommen, og generaladvokatuttalelser har generelt begrenset rettskildemessig vekt.

⁵⁰ Oliver (1999), s. 791.

⁵¹ Sag C-145/88 *Torfaen Borough Council mod B & Q plc*.

⁵² Mortelmans (1991) s. 128.

⁵³ I. c.

Saken illustrerer imidlertid det faktum at det har hersket noe uenighet om hvorvidt det finnes et bagatellprinsipp eller ikke innenfor de fire friheter.

Bagatellprinsippet ble også diskutert av generaladvokat Tesauro i hans forslag til avgjørelse i *Hünermund*⁵⁴. Han bemerker at domstolen gjentatte ganger har gjort det klart at et bagatellprinsipp ikke kan brukes innen de fire friheter, og at det eneste ”unntaket” var de helt hypotetiske virkningene. Det ser her ut til at han viser til adekvanskravet. Videre nevner han at et bagatellprinsipp må avvises, da det ville vært umulig (”*downright impossible*”) å praktisere.⁵⁵ Domstolen nevnte ikke bagatellprinsippet, men fulgte generaladvokatens forslag.

En litt nyere dom, *Bluhme*⁵⁶ (fri bevegelse av varer), bekrefter det tradisjonelle synet om at det ikke finnes noe bagatellprinsipp innen de fire friheter. Det slås her fast at selv en virkning som ville vært helt ubetydelig i prosentandel, er å regne som en importrestriksjon.

I *Bluhme* handlet det om den lille danske øya Læsø, 22 km fra fastlandet. Her var det kun lov til å ha brune bier (arten *Apis mellifera mellifera*), noe som var begrunnet i et ønske om å beskytte denne arten mot å dø ut på den nevnte øya og naboøyene. Spørsmålet var om dette representerte en importrestriksjon etter artikkel 28. Siden regelen bare gjaldt for 0,3 % av Danmarks territorium, ga saken domstolen en god mulighet til å drøfte anvendelsen av et bagatellprinsipp.

I generaladvokat Fennellys forslag til avgjørelse tas det stilling både til adekvansregelen og til et eventuelt bagatellprinsipp.⁵⁷ Fennelly slår fast, under henvisning til *Van de Haar*, at den ”ringe” virkning som regelen har i mengdemessig henseende ikke utelukker bruk av

⁵⁴ Tesauro (1993).

⁵⁵ Ibid. avsnitt 21.

⁵⁶ Sag C-67/97 Straffesag mod Ditlev Bluhme. Heretter ”Bluhme”.

⁵⁷ Generaladvokat Fennellys innstilling av 16. juni 1998 i Bluhme.

artikkel 28.⁵⁸ Han gjør det dermed klart at det ikke er rom for noe bagatellprinsipp, uten å drøfte dette noe nærmere.

Selve dommen i *Bluhme* nevner ikke bagatellunntaket i det hele tatt. Domstolen benyttet verken adekvansregelen eller et bagatellprinsipp for å utelukke anvendelse av artikkel 28, og resultatet ble dermed at bieforbudet ble ansett for å være en importrestriksjon. Dette til tross for at bare 0,3 % av Danmarks territorium ble påvirket av forbudet.

I *Bluhme* var det imidlertid tale om en restriksjon med lite omfang. Det er som nevnt ikke opplagt at et eventuelt bagatellprinsipp ville tillatt slike restriksjoner. Selv om de kun påvirker en svært liten del av territoriet/befolkningen, vil virkningen likevel være stor for de som rammes (i dette tilfellet birøkterne på Læsø). En kan derfor spørre om resultatet ville blitt annerledes dersom selve restriksjonen ikke hadde vært et forbud, men noe mindre omfattende (for eksempel plikt til å registrere seg eller lignende). Det hadde da vært enklere å argumentere for et bagatellprinsipp, selv om restriksjonene hadde påvirket hele Danmark.

Andre dommer som støtter det tradisjonelle synet er bl.a. sakene 269/83⁵⁹ (tidsskrifter), C-126/91 *Yves Rocher*⁶⁰ (markedsføring av kosmetikk) og C-184/96⁶¹ (foie gras).

2.4 Oppsummering

Rettspraksis viser at de fire friheter har utviklet seg i samme retning, mot et videre restriksjonsbegrep og med mindre fokus på ikke-diskriminering. Utgangspunktet er at alle nasjonale regler som kan hindre den frie bevegelsen av varer, tjenester, personer eller

⁵⁸ Ibid. avsnitt 18.

⁵⁹ Sag 269/83 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Franske Republik.

⁶⁰ Sag C-126/91 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V. v. Yves Rocher GmbH.

⁶¹ Sag C-184/96 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Franske Republik.

kapital, er forbudte. De kan kun forsvares hvis de er begrunnet i allmenne hensyn og dersom de ut fra en proporsjonalitetsvurdering anses som forholdsmessige.

Videre ser det ut til å være enighet om at det ikke de lege lata eksisterer et bagatellprinsipp innen de fire friheter. Imidlertid kan det diskuteres hvorvidt man er på vei mot et slikt prinsipp, og ikke minst om det de lege feranda bør være et bagatellprinsipp innen de fire friheter. Dette vil jeg komme tilbake til senere.

3 Keck-doktrinen

3.1 Keck-dommen

Med *Keck-dommen* forsøkte EF-domstolens å stagge en utvikling hvor restriksjonsbegrepet hadde blitt svært utvidet på den frie varebevegelighetens område. Den såkalte Keck-doktrinen som ble formulert i dommen gjelder kun den frie bevegelse av varer.⁶²

Keck omhandlet et fransk forbud mot å selge varer under innkjøpspris. Keck og Mithouard ble tiltalt for å ha brutt denne regelen, og de anførte at forbudet i realiteten var en importrestriksjon, da det ville frata dem en viktig metode for markedsføring av sine produkter.

Domstolen tar utgangspunkt i *Dassonville-formelen*, men gjør det tidlig klart at den ønsker å utfordre noe av innholdet i denne. I *Dassonville* henvises det til bestemmelser som enten ”direkte, indirekte, øyeblikkelig eller potensielt” kan hindre samhandelen, og det er særlig ”indirekte og potensielt” som kan skape problemer i forhold til avgrensningen av begrepet.

I avsnitt 13 konstaterer domstolen at de bestemmelsene som saken omhandler klart nok kan begrense omsetningen, og derfor også importen. De spør imidlertid om denne muligheten er tilstrekkelig til at bestemmelsene må anses som importrestriksjoner. Dette kan ved første blick se ut som en formulering av et adekvanskrav eller et bagatellprinsipp, men som vi skal se var det ikke det domstolen ønsket å innføre.

Det blir videre lagt vekt på det økende omfang av næringsdrivende som påberoper seg artikkel 28, og at det derfor er nødvendig for domstolen å ”*tage sin praksis på dette område op til fornyet overvejelse og at præcisere den nærmere*” (avsnitt 14).

⁶² Starup (2006) s. 276.

Domstolen gjør det med dette klart at de ønsker å bryte med tidligere praksis, samt å stoppe (og muligens reversere) den utvikling av restriksjonsbegrepet som hadde skjedd etter *Dassonville* og *Cassis de Dijon*. Det uttales videre i dommens avsnitt 16:

*”I modsætning til, hvad Domstolen hidtil har antaget, kan det forhold, at nationale bestemmelser, som begrænser eller forbyder **bestemte former for salg**, bringes i anvendelse på varer fra andre medlemsstater, derimod ikke antages direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt at hindre samhandelen mellem medlemsstaterne som nævnt i dommen i Dassonville-sagen (dom af 11.7.1974, sag 8/74, Sml. s. 837), forudsat at sådanne nationale bestemmelser finder anvendelse på alle de berørte erhvervsdrivende, der udøver virksomhed i indlandet, og forudsat at bestemmelserne, såvel retligt som faktisk, påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde”.* (min utheving).

Det blir dermed fastslått at nasjonale bestemmelser som forbyr eller begrenser ”bestemte former for salg”, ikke er å anse som restriksjoner i henhold til artikkel 28. Dette er Keck-doktrinen. Betingelsen er at de både rettslig og faktisk påvirker omsetningen importerte og nasjonale varer på samme måte⁶³. Dette er kravet om ikke-diskriminering. Domstolen snevrer dermed inn rekkevidden av *Dassonville*-formelen ved å oppstille et unntak for salgsmetoder.⁶⁴

Keck deler altså restriksjonene inn i to kategorier; restriksjoner som har med varens karakteristika å gjøre (for eksempel krav til betegnelse, størrelse, presentasjon eller merking), og diskriminerende restriksjoner på salgsmetodene (for eksempel hvordan, når og hvor varene kunne selges)⁶⁵. Dette betyr for eksempel at et krav om at mineralvann kun kan selges i glassflasker ikke vil aksepteres, siden dette er et krav til selve varen. Derimot ville en regel om at mineralvann ikke kunne selges etter kl. 20, i teorien kunne aksepteres siden det er en restriksjon på når varene kan selges (under forutsetning om at det gjelder for både innenlandske og importerte produkter og derfor ikke er diskriminerende).

⁶³ Det var også en betingelse at de gjaldt for alle næringsdrivende i landet. Vilåret har i realiteten vist seg å ha liten betydning, og har ikke blitt fulgt opp i særlig grad.

⁶⁴ Jervell, op. cit., s. 506.

⁶⁵ Oliver, op. cit., s. 794.

I praksis betyr *Keck* at domstolen først må vurdere om den nasjonale bestemmelsen regulerer salgsmetoden eller selve varen. Dersom det er en regulering av varens karakteristika, altså en produktregulering, gjelder prinsippet fra *Cassis de Dijon* og bestemmelsen rammes av artikkel 28. Dersom det er en regulering av salgsmåten, må man gå videre å se på hvorvidt ordningen virker formelt eller reelt diskriminerende. Hvis dette er tilfellet, må de nasjonale bestemmelsene vurderes etter den vide Dassonville-formelen. Dersom reguleringen ikke er diskriminerende, vil den derimot ikke rammes av artikkel 28.⁶⁶

3.2 Etter *Keck* – kritikk og rettspraksis

I det følgende skal det gis en kortfattet oversikt over kritikken mot *Keck*. En del av kritikken munner ut i, eller har som naturlig konsekvens, et alternativt kriterium som i større eller mindre grad har karakter av et bagatellprinsipp. Dette aspektet av kritikken vil jeg komme tilbake til og behandle mer utførlig i kapittel 5.

Det har vært fremsatt mye kritikk⁶⁷ mot *Keck* i juridisk litteratur og i generaladvokatuttalelser.⁶⁸ Kritikken går bl.a. ut på at det i praksis er vanskelig å trekke grensen mellom restriksjoner på varens egenskaper og restriksjoner på salgsformen.⁶⁹

*Familiapress*⁷⁰ er et eksempel på at visse reguleringer av salgsformen egentlig rammer varen og dens innhold i seg selv, og derfor ikke kan unntas artikkel 28 i henhold til *Keck*-

⁶⁶ Jervell, op. cit., s. 506-507.

⁶⁷ Mye av denne kritikken går på metodiske spørsmål, som f.eks. at domstolen ikke nevner spesifikt hvilke dommer den vil fravike. Dette er imidlertid ikke relevant for min oppgave.

⁶⁸ *Keck* har imidlertid også fått mye støtte, særlig ut fra det synspunkt at den må betraktes i forhold til hvilke andre muligheter som foreligger. Jervell (op. cit., s. 501 og 507) fremholder bl.a. at selv om dommen har mange svakheter, og kan være vanskelig å brukt i praksis, har den skapt en betydelig oppklaring av rettsstilstanden.

⁶⁹ Craig, op. cit., s. 686.

⁷⁰ Sag 368/95 Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH mod Heinrich Bauer Verlag.

doktrinen.⁷¹ Saken omhandlet et østerriksk forbud mot konkurranser med premier i blader, brukt som ledd i markedsføringen av bladet. Østerrike hevdet at forbudet lå utenfor artikkel 28, jf. Keck-doktrinen, men domstolen var uenig i dette.

Siden konkurransene var en integrert del av bladene, vedrørte forbudet egentlig varens innhold. Dette tvang produsenter fra andre medlemsstater til å endre innholdet i sine blader, noe som representerer en hindring for varehandelen. Forbudet kunne derfor ikke anses for å være en regulering av ”bestemte former for salg”.

Keck gav heller ikke noen nærmere forklaring på hvordan uttrykket ”bestemte former for salg” skulle forstås. Rettspraksis i etterkant gir imidlertid noe veiledning i den retning.

I forhold til reklameforbud ble det i *Hünermund* fastslått at dette i utgangspunktet ikke er å anse som en restriksjon etter artikkel 28. Domstolen viste her til *Keck*, og konkluderte med vilkårene oppstilt i denne var oppfylt. At reklameforbud i seg selv blir akseptert, er blitt kritisert av flere innen juridisk litteratur, særlig ut fra det synspunkt at reklame jo er svært viktig for et nytt produkt på markedet.

*Tankstation*⁷² slo fast at også regulering av åpningstider for bensinstasjoner var i overensstemmelse med artikkel 28, og med *Punto Casa*⁷³ ble de såkalte søndagssakene fraveket ved at et italiensk forbud mot søndagsåpne butikker ble ansett for å være en regulering av ”bestemte former for salg”. Dersom vi ser det slik at *Kecks* formål var å begrense artikkel 28s rekkevidde og hindre næringsdrivende i å bruke EU-retten til å oppnå en generell liberalisering av handelen innenlands, viser disse dommene at man har lyktes.

Keck har imidlertid blitt kritisert ut fra at den i for stor grad har fremhevet faktisk og juridisk likhet på bekostning av markedsadgang. Reglene kunne dermed unnsnippe artikkel

⁷¹ Craig, op. cit., s. 687.

⁷² Forenede sager C-401/92 og C-402/92 Straffesager mod Tankstation 't Heukske VOF og J. B. E. Boermans.

⁷³ Forenede sager C-69/93 og C-258/93 Punto Casa SpA mod Sindaco del Comune di Capena og Comune di Capena og Promozioni Polivalenti Venete Soc. coop. arl (PPV) mod Sindaco del Comune di Torri di Quartesolo og Comune di Torri di Quartesolo.

28 fordi de formelt likebehandlet innenlandske og importerte produkter, men likevel fungere slik at de hindret markedsadgang for visse varer.⁷⁴ Denne debatten om ikke-diskriminering versus markedsadgang har vært fremtredende innen juridisk litteratur, men den er bare indirekte relevant for oppgavens tema. Jeg vil derfor kun kort gå inn på dette.

Særlig generaladvokat Jacobs i sitt forslag til avgjørelse i *Leclerc-Siplec*⁷⁵ påpeker *Kecks* manglende fokus på markedsadgang.⁷⁶ Han fremhever her reklamens svært viktige rolle, særlig i forhold til nye varer på markedet, og mener det er lite hensiktsmessig å avskjære salgsmetoder fra artikkel 28s virkeområde. At diskriminering er et vilkår for å kunne bruke artikkel 28, er etter hans mening lite heldig. En hindring for samhandelen forsvinner ikke kun fordi den samme hindringen også finnes for den innenlandske handel.⁷⁷

Dersom for eksempel butikkene i en by kun ble tillatt å ha åpent én dag i uken, ville dette vært en svært effektiv hindring for samhandelen. Situasjonen ville ikke vært noe bedre kun av den grunn at dette rammet innenlandske så vel som importerte varer.

I dommene *De Agostini*⁷⁸ og *Gourmet*⁷⁹, begge svenske saker om reklameforbud, ser det ut som om domstolen har tatt argumentasjonen vedrørende markedsadgang til etterretning. De følger opp i praksis et forbehold som allerede lå inne i *Keck*, nemlig at artikkel 28 fortsatt vil gjelde selv om det er tale om en regulering av salgsformen, dersom regelen har en ulik innvirkning på innenlandske og utenlandske varer.⁸⁰ Dette knyttes så til begrepet markedsadgang.⁸¹

⁷⁴ Craig, op. cit., s. 691.

⁷⁵ Sag C-412/93 Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec mod TF1 Publicité SA og M6 Publicité SA. Heretter "Leclerc-Siplec".

⁷⁶ Weatherill (1996) påpeker også dette, bl.a. på side 897.

⁷⁷ Jacobs (1994), avsnitt 39.

⁷⁸ Forenede sager C-34/95, C-35/95 og C-36/95 Konsumentombudsmannen (KO) mod De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) og TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 og C-36/95).

⁷⁹ Sag C-405/98 Konsumentombudsmannen (KO) mod Gourmet International Products AB (GIP).

⁸⁰ Craig, op. cit., s. 688.

⁸¹ Det skal her bemerkes at det var generaladvokat Jacobs som skrev forslaget til dom i begge sakene.

I førstnevnte sak var det tale om forbud mot tv-reklame rettet mot barn under 12 år og forbud mot misvisende reklame for hudpleieprodukter. Domstolen anså det her som klart at det dreide seg om en regulering av salgsformen som gjaldt både importører og innenlandske produsenter, jf. Keck-doktrinen, men spørsmålet var hvorvidt forbudet rettslig og faktisk påvirket innenlandske og utenlandske varer på samme måte. Dersom det var slik at utenlandske varer ble påvirket på en annen måte, ville forbudet kunne rammes av artikkel 28. Dette var det imidlertid de nasjonale domstoler som skulle avgjøre.

Sistnevnte sak, *Gourmet*, handlet om et forbud mot alkoholreklame. Det ble anført at dette forbudet rammet importerte varer i større grad enn de svenske, noe domstolen var enig i.

I både *Gourmet* og *De Agostini* var det altså tale om ordninger som ikke var åpent diskriminerende, men som likevel hadde en diskriminerende effekt ut fra markedsadgangsperspektivet. Keck-doktrinen kunne derfor ikke anvendes.

3.3 Er Keck egentlig et bagatellprinsipp?

Et spørsmål som har oppstått i debatten vedrørende bagatellprinsippet er om Keck-doktrinen og bagatellprinsippet egentlig gir uttrykk for det samme. Grunnlaget for dette er bl.a. at domstolen i *Keck-saken* omtalte restriksjoner på salgsmåter som ordninger som ”ikke antages at forhindre, at varerne får adgang til markedet”⁸². Altså, domstolen mente i *Keck* at restriksjoner på når, hvor og hvordan en vare kunne selges, ikke i seg selv kunne anses å forhindre markedsadgang. Er ikke dette bare en måte å si at alle restriksjoner på salgsmåter vil ha ubetydelig restriktiv innvirkning på samhandelen?

Resultatet i *Keck* ville sannsynligvis blitt det samme om en hadde brukt et bagatellprinsipp i stedet for et skille mellom produkt- og salgsrestriksjoner. De franske reglene om at en ikke kunne sette prisen lavere enn innkjøpspris må sies å ha en liten virkning for dem det

⁸² Keck, avsnitt 17.

gjelder. Poenget her er ikke at reglene gjelder få næringsdrivende, men at de har liten innvirkning på den frie bevegelse av varer. Det finnes flere andre markedsføringsmetoder, og muligheten til å selge varer for under innkjøpspris vil ikke ha særlig stor betydning i denne sammenheng.

Det samme kan også sies om flere av de andre dommene som har brukt Keck-doktrinen til å unnta de nasjonale reglene fra artikkel 28. Et eksempel er *Punto Casa*⁸³ som gjaldt søndagsåpne butikker. Det er klart at det faktum at en ikke får selge varene sine på søndager kan påvirke den frie bevegelse, men denne virkningen vil uansett være svært liten i den store sammenhengen, også for den enkelte som rammes av regelen. Et bagatellprinsipp kunne derfor likeså godt vært brukt i stedet for Keck-doktrinen.

Dersom EF-domstolen i *Keck* kun hadde sagt at de aktuelle restriksjonene ikke i tilstrekkelig grad forhindret markedsadgang, ville dette bli tolket som en anvendelse av et bagatellprinsipp. At produktrestriksjoner ble holdt utenfor, betyr i dette perspektivet at domstolen mente at slike restriksjoner aldri ville være bagatellmessige nok. Keck-doktrinen kan i dette perspektivet ses på som en ”delavklaring” av hva som ville ligge i et eventuelt bagatellprinsipp.

⁸³ Se fotnote 65.

4 Situasjoner som faller på siden av *Keck*

4.1 Innledning

Det var åpenbart bred enighet om at ”noe” måtte gjøres på det tidspunktet *Keck-dommen* falt. Man måtte stramme inn restriksjonsbegrepet på en eller annen måte, men det hersker uenighet om hvorvidt Keck-doktrinen var den mest hensiktsmessige løsningen.

Gir virkelig Keck-doktrinen en tilfredsstillende anvisning på hvordan restriksjonsbegrepet skal forstås? Kan alle situasjoner løses ut fra skillet mellom restriksjoner på bestemte former for salg og restriksjoner på selve varene? Er Keck-doktrinen tilstrekkelig for å begrense rekkevidden av restriksjonsbegrepet? Eller er den faktisk for omfattende i forhold til formålet med det indre marked?

Keck-doktrinen har vist seg vanskelig å bruke i praksis. Særlig dens svært formalistiske skille mellom produkt- og salgsrestriksjoner gjør det vanskelig å tilpasse den nye situasjoner. Dette ser vi særlig i sakene om bruks- og aktivitetsrestriksjoner, som jeg vil ta for meg i dette kapittelet. Jeg vil så redegjøre for adekvanskravet og EF-domstolens mulige tilnærming mot et bagatellprinsipp.

4.2 Bruks- og aktivitetsrestriksjoner

Det har i den siste tiden pågått en debatt vedrørende bruksrestriksjoner. En svensk og en italiensk sak, om restriksjoner på bruken av henholdsvis vannscootere og tilhengere til mopeder, er nå oppe til avgjørelse i EF-domstolen. Det sentrale spørsmålet er om slike bruksrestriksjoner kan omfattes av Keck-doktrinen. Debatten berører også det temaet som var aktuelt før *Keck*, nemlig i hvilken grad EU-retten skal kunne brukes som en måte å liberalisere den generelle handlefrihet, også innad i landene.

I sak C-142/05 (”vannscooter-saken”)⁸⁴ avga generaladvokat Kokott sitt forslag til avgjørelse den 14. desember 2006. Saken omhandler et svensk forbud mot bruk av vannscootere utenfor de offentlige områder hvor myndighetene har tillatt dette. Spørsmålet er om denne bruksreguleringen er et ”tiltak med tilsvarende virkning” som en importrestriksjon, ved at færre kjøper vannscootere (noe som igjen reduserer importen).

I følge de tiltalte i saken har bruksrestriksjonene ført til en tilbakegang i salgstallene for vannscootere på over 90 %⁸⁵. Generaladvokaten legger til grunn at reguleringen i alle fall er potensielt egnet til å hindre samhandelen, noe som i tråd med Dassonville-formelen er tilstrekkelig for å karakteriseres som en importrestriksjon.

Spørsmålet er imidlertid om dette virkelig er nok. I denne sammenheng kan en se hen til *Keck*, hvor domstolen også så behovet for å begrense restriksjonsbegrepet. Som generaladvokaten understreker, er det nærliggende å vurdere om man likevel skal akseptere restriksjoner knyttet til bruk. Eksempler som brukes er forbudet mot å bruke terrengbiler utenfor skogsområder, samt fartsgrenser på motorveier. Dette kan i prinsippet få folk til å ikke kjøpe terrengbiler eller spesielt raske biler, siden de da ikke har bruk for deres spesielle egenskaper. De fleste vil imidlertid være enige i at dette er å trekke restriksjonsbegrepet for langt. Det vil derfor være gode grunner til å begrense Dassonville-formelen i dette henseende.

Denne saken har flere paralleller til *Keck*, på den måten at den gir domstolen en mulighet til å (igjen) slå fast at man vil unngå at næringsdrivende og andre påberoper seg artikkel 28 kun for å utvide sin alminnelige frihet nasjonalt. Kokott argumenterer for nettopp dette. Problemstillingen i foreliggende sak blir hvorvidt bruksvilkår i overensstemmelse med domstolens praktisering av *Keck*-doktrinen kan unntas fra artikkel 28s anvendelsesområde; altså om bruksrestriksjoner må holdes utenfor restriksjonsbegrepet ut fra resonnementer som er parallelle med *Keck*.

⁸⁴ Sag C-142/05 Mickelsson og Roos.

⁸⁵ Sverige produserer ikke selv vannscootere. Reglene vil derfor i praksis kun ramme importerte varer.

Generaladvokaten argumenterer sterkt for at salgsvilkår og bruksvilkår bør behandles på samme måte. I avsnitt 52 uttaler hun:

”Hvis man nemlig holder sig de karakteristiske træk ved anvendelsesvilkår og salgsvilkår for øje, bliver det tydelig, at de med hensyn til karakteren og intensiteten af deres indvirkning på varehandelen er sammenlignelige.”

Henvisningen til virkningens intensitet er interessant, særlig med tanke på bagatellprinsippet. Både Keck-doktrinen og bagatellprinsippet er alternative måter å begrense artikkel 28s virkeområde på, og Kokotts formulering viser klart hvordan disse to i realiteten handler om mye av det samme, nemlig en avskjæring av restriksjoner som er ubetydelige (har liten intensitet).

Videre fortsetter generaladvokaten å argumentere for at salgsvilkår og bruksvilkår bør behandles på samme måte. Det påpekes bl.a. at salgsvilkår og bruksvilkår er like med tanke på deres indirekte virkning på handelen. Hun konkluderer deretter i avsnitt 55:

”På denne baggrund synes det derfor konsekvent at lade Domstolens Keck-retspraksis udvide til at omfatte anvendelsesvilkår, og at disse dermed undtages for anvendelsesområdet for artikel 28 EF”.

Det anføres altså at bruksrestriksjoner skal falle utenfor artikkel 28 ut fra en lignende betraktningssmåte som den som ligger bak *Keck*. Dermed bør det oppstilles et parallelt prinsipp til *Keck* som unntar bruksrestriksjoner på samme måte som restriksjoner på salgsmetoder.

Kokott har møtt en del motbør for sine argumenter i juridisk teori. Det anføres bl.a. at en aksept av generaladvokatens løsning ville kunne føre til en for vid adgang til å unnta restriksjoner fra artikkel 28, noe som igjen ville representert en reversering av utviklingen

siden *Cassis de Dijon*.⁸⁶ Man kan imidlertid spørre om dette virkelig hadde vært så uhensiktsmessig, tatt i betraktning at *Cassis de Dijon* åpnet for en svært vid fortolkning av restriksjonsbegrepet.

Kritikere anfører også at dersom Kokotts resonnement skulle blitt akseptert, ville den samme tilnærmingsmåten i utgangspunktet kunne brukes på forbud mot å besitte visse produkter. Dersom bruksrestriksjoner faller utenfor artikkel 28s virkeområde, ville også et forbud mot for eksempel å være i besittelse av likøren Cassis de Dijon aksepteres.⁸⁷ Det blir derfor hevdet at restriksjonsbegrepet på denne måten står i fare for å utvannes.

Det kan også anføres at en med Kokotts fremgangsmåte ville skape en regel som ville vært for vanskelig å anvende for nasjonale domstoler. *Keck* er vanskelig nok i seg selv, og å lage en lignende regel for bruksrestriksjoner ville kunne komplisere det hele ytterligere.

På den annen side må det erkjennes at restriksjonsbegrepet på én eller annen måte må begrenses. Det er etter min mening lett å være enig med Kokott i at de omstridte bruksrestriksjonene bør holdes utenfor artikkel 28. Kanskje ville et bagatellprinsipp løst problemet?

I sak *C-110/05 Kommisjonen mot Italia*⁸⁸, er det heller ikke falt dom, men generaladvokat Léger gav sitt forslag til avgjørelse den 5. oktober 2006. Saken har nå blitt overført til storkammer, og det har vært ny muntlig forhandling. Det vil også komme et nytt forslag til avgjørelse fra generaladvokat Bot. Det ser derfor ut som om EF-domstolen har tenkt til å bruke denne saken som en slags ”test-case” i forhold til bruksrestriksjoner.

Saken omhandler en italiensk regel som forbyr at mopeder har tilhengere. Generaladvokatuttalelsen som nå foreligger er svært knapp i forhold til Kokotts forslag i

⁸⁶ Oliver og Enchelmaier (2007) s. 649-704.

⁸⁷ Ibid. s. 679.

⁸⁸ Sag C-110/05 Kommissionen mod Italien.

vannscooter-saken. Generaladvokat Léger inntar her et ganske annet standpunkt, og avstår fra å drøfte forbudet nærmere i forhold til Keck eller lignende.

Tilhengere koblet til mopeder er en alminnelig og ofte benyttet transportform, særlig på landet⁸⁹. I følge Léger har forbudet den virkning at det begrenser bruken av tilhengere i Italia, noe som igjen påvirker samhandelen mellom Italia og andre medlemsstater. Han konkluderer derfor kort og greit med at reglene utgjør et tiltak med tilsvarende virkning som en importrestriksjon, og at de rammes av artikkel 28.⁹⁰

Rettstilstanden på dette området ser dermed ut til å være svært uklar, da de to generaladvokatene inntar to motstridende syn på spørsmålet. Det vil derfor være vanskelig å si noe særlig mer om dette, i hvert fall inntil domstolen treffer sine avgjørelser. Det er imidlertid åpenbart at generaladvokat Kokotts argumenter er kontroversielle. Dersom hennes syn skulle vinne frem, vil det føre til en betydelig dreining mot en mer restriktiv anvendelse av restriksjonsprinsippet i artikkel 28.

Bruksrestriksjonene er gode eksempler på hvordan Keck-doktrinen formalistiske karakter skaper problemer i praksis, og det er nettopp i disse situasjonene et bagatellprinsipp ville vært fornuftig og praktisk. Man kunne da ha fokusert direkte på sakens faktum og de virkningene bruksrestriksjonene faktisk har på samhandelen, uten å gå veien om formalistiske kategorier.

En parallell til bruksrestriksjoner er såkalte aktivitetsrestriksjoner. Det er her tale om ikke-diskriminerende restriksjoner på visse aktiviteter.⁹¹

Et eksempel er *Gambelli*⁹² som omhandlet et italiensk forbud mot å delta i spill og veddemål arrangert av godkjente spillarrangører i andre land. Dette ble ansett for å være en

⁸⁹ Generaladvokat Kokotts innstilling av 14. desember 2006 i sag 142/05 Mickelsson og Roos, avsnitt 40.

⁹⁰ Ibid. avsnitt 41.

⁹¹ Barnard, op. cit., s. 148.

⁹² Sag C-243/01 Straffesag mod Piergiorgio Gambelli m.fl.

restriksjon på den frie bevegeligheten av tjenester, da forbudet ville hindre spillarrangører i England å tilby sine tjenester til italienere. Det var her tale om en indirekte restriksjon, da en ikke forbød spillarrangøren å tilby sine tjenester (noe som ville vært en direkte og helt klar restriksjon), men heller forbød italienere å delta i spill og veddemål.

En annen aktuell sak omhandler et britisk forbud mot jakt. Saken *The Countryside Alliance & others v. HM Attorney General*⁹³ er ikke oppe for EF-domstolen (ennå), men har versert i det britiske rettssystemet. Forbudet anses å ha en indirekte effekt på varehandelen, i dette tilfellet omsetning av hester og jakthunder importert fra Irland.⁹⁴ En kan også tenke seg at et slikt jaktforbud i tillegg kunne ha hatt innvirkning på for eksempel turisme og dermed også den frie bevegelse av tjenester (ved at færre turister ville kommet til Storbritannia for å jakte). I denne saken ser vi at restriksjonen er enda mer indirekte enn i *Gambelli*, noe som gjør situasjonen tilsvarende mer usikker. Det er altså glidende overganger mellom de ulike ”nivåene” av mulig innvirkning på den frie bevegelse.

I England & Wales Court of Appeal ble det konkludert med at forbudet ikke var i strid med artikkel 28. Det ble her bl.a. understreket at ”*The Hunting Act is not in any realistic sense aimed at products at all*”⁹⁵. Man tok altså i bruk Keck-doktrinen skille mellom produkt- og salgsrestriksjoner, noe som egentlig ikke fremstår som noen opplagt løsning.

Det er klart at et bagatellprinsipp også her ville gjort det enklere å avskjære bruken av artikkel 28, uten å gå omveien gjennom Keck-doktrinen. Eventuelle virkninger på samhandelen i det indre marked vil være både fjerne i forhold til årsaken (jaktforbudet) og ubetydelige i den store sammenhengen. De ville derfor muligens kunne blitt holdt utenfor artikkel 28 både ut fra adekvanskravet og bagatellprinsippet.

Et annet eksempel fra norsk rett er reglene om forvalterregistrering. Med forvalterregistrering menes at en annen enn aksjeeieren registreres som eier i registeret over

⁹³ *The Countryside Alliance & others v. HM Attorney General* (2006) CA Civ 817.

⁹⁴ Barnard, op. cit., s. 148.

⁹⁵ *Countryside Alliance*, premiss 144, avsnitt vii).

selskapets eiere. Samtidig går det frem av registeret at den aksjene er registrert på, ikke virkelig er eier av aksjene.⁹⁶

Situasjonen nå er at utenlandske aksjonærer har adgang til å la sine aksjeposter i norske selskaper forvalterregistrere. Innenlandske aksjonærer kan også la seg forvalterregistrere for sine aksjeposter i utenlandske selskaper. Imidlertid er det ikke adgang for innenlandske aksjonærer til å la sine aksjeposter i norske selskaper forvalterregistrere.⁹⁷

Under forutsetning av at det å fremstå i aksjeeierregisteret for andre blir ansett som en ”tjeneste”, blir spørsmålet derfor om forbudet representerer en restriksjon på den frie bevegelse av tjenester. Forbudet betyr jo i praksis at innenlandske aksjeeiere rettslig sett er avskåret fra å etterspørre en tjeneste (å fremstå som eier i aksjeeierregisteret), og at forvalter er avskåret fra å tilby tjenesten til norske aksjeeiere.⁹⁸

Forvalterregistreringsutvalget konkluderer i NOU 2005:13 med at forbudet faktisk er å anse som en restriksjon, men at det likevel må aksepteres med henvisning til tungtveiende allmenne hensyn.⁹⁹ Det vil derfor, slik det ser ut nå, ikke bli noen endring i de norske reglene om forvalterregistrering.

Saken er likevel interessant, da den belyser hvor mange situasjoner og regler som faktisk kan rammes av reglene om de fire friheter. Keck-doktrinen vil heller ikke her kunne være til hjelp, da reglene om forvalterregistrering ikke kan innpasses i dens skille mellom produkt- og salgsrestriksjoner. Et bagatellprinsipp ville imidlertid kunne være nyttig her.

Som Kokott påpekte i *vannscooter-saken*, vil det være vanskelig å begrense reglene om de fire friheters rekkevidde hvis en først skal innlate seg på å anerkjenne slike bruks- og aktivitetsrestriksjoner som tiltak med tilsvarende virkning som importrestriksjoner.

⁹⁶ NOU 2005:13, s. 9.

⁹⁷ I.c.

⁹⁸ Ibid. s. 29-30.

⁹⁹ Ibid. s. 30.

Bruksområdet for reglene om de fire friheter blir da utvidet i svært stor grad, noe som sannsynligvis ikke er ønskelig i forhold til reglenes formål.

Sakene illustrerer også det faktum at det er behov for en avklaring av hvor skillet egentlig går. Som med søndagssakene, viser denne debatten at det er nødvendig å sette en grense for restriksjonsbegrepet. Vi ser også at Keck-doktrinen ikke oppfyller sitt formål i dette henseende.

4.3 Adekvanskravet – utvikling mot et bagatellprinsipp?

4.3.1 Innledning

Det er fastslått gjennom rettspraksis fra EU-domstolen at det gjelder et adekvanskrav (*"rule of remoteness"*) i forhold til restriksjoner. Adekvanskravet har vært brukt i forhold til den frie bevegelse av både varer, arbeidstakere, etablering og tjenester. Dersom virkningen av nasjonale regel er for fjern og avledet, eller for usikker og indirekte i forhold til de fire friheter, vil det ikke anses for å være en restriksjon.¹⁰⁰ Adekvanskravet kan også beskrives som en utelukkelse av virkninger som kun er hypotetiske (*"the technique of the hypothetical situation"*).¹⁰¹

Spørsmålet er imidlertid om dette adekvanskravet også kan beskrives som en del av et større bagatellprinsipp. Eller eksisterer det et bagatellprinsipp ved siden av adekvanskravet? Hva er i så fall egentlig forskjellen mellom et adekvanskrav og et bagatellprinsipp?

Som nevnt tidligere, er det mulig å se spørsmålet om et bagatellprinsipp på flere måter. En kan for eksempel enten se det som et mulig alternativ eller tillegg til adekvanskravet og

¹⁰⁰ EØS-rett (2004) s. 302-303.

¹⁰¹ Mortelmans (2001) s. 634.

Keck, eller man kan se det slik at *Keck* og/eller adekvanskravet er deler av et bredere bagatellprinsipp.

4.3.2 Rettspraksis – adekvanskravet

Et eksempel på hvordan adekvanskravet brukes innen de fire friheter er *Peralta*¹⁰² hvor en italiensk kaptein hadde blitt straffeforfulgt for utslipp av skadelige stoffer i havet. Det uttales i avsnitt 24:

*”Det skal i den forbindelse blot fastslås, at en lovgivning som den omtvistede ikke indeholder nogen sonndring på grundlag af de transporterede stoffers oprindelse, at dens formål ikke er at regulere varehandelen med de øvrige medlemsstater, og at de restriktive virkninger, den vil kunne medføre for de frie varebevægelser, er alt for **usikre og indirekte** til, at den i loven fastsatte forpligtelse kan betragtes som en foranstaltning, der er egnet til at hindre samhandelen mellem medlemsstaterne”* (min utheving).

Vi ser her at det refereres til at de restriktive virkninger ville vært for usikre og indirekte (på fransk: *”trop aléatoires et trop indirects”*, og engelsk: *”too uncertain and indirect”*). Dette er blitt stående som en standardformulering ved anvendelsen av adekvanskravet.

Med denne formuleringen menes det at det ville vært for usikkert om den omstridte lovgivningen virkelig ville ført til restriktive virkninger på varebevegeligheten, samt om disse eventuelle virkningene faktisk kunne vært ført tilbake til den aktuelle lovgivningen. Med indirekte menes at dersom lovgivningen faktisk førte til restriktive virkninger, ville disse vært for avledede og fjerne i forhold til årsaken, som jo er lovgivningen.

I *Krantz*¹⁰³ handler det om hvorvidt de nederlandske myndighetenes mulighet til å gjøre beslag (på grunnlag av skattegjeld) i et konkursbos løsøre kunne utgjøre en restriksjon på

¹⁰² Sag C-379/92 Straffesag mod Matteo Peralta.

¹⁰³ Sag C-69/88 H. Krantz GmbH & Co. mod Ontvanger der Directe Belastingen og den nederlandske stat.

den frie varebevegelse, fordi dette ville redusere omfanget av salg på avbetaling til kjøpere i Nederland. Her kommer domstolen med en nesten eksakt uttalelse som i *Peralta*; det slås kort og greit fast at en restriktiv virkning ville vært for usikker og indirekte (avsnitt 11) til at den kan anses for å hindre samhandelen.

Dommene, *Spediporto*¹⁰⁴, *DIP*¹⁰⁵, *CMC Motorradcenter*¹⁰⁶, *Graf*¹⁰⁷, *BASF*¹⁰⁸ og *Esso Espanola*¹⁰⁹ bruker alle samme formulering om at virkningen ville vært for usikker og indirekte. Det er imidlertid ikke noe særlig veiledning å hente i disse dommene, da premissene er knappe.

4.3.3 Utvikling mot et bagatellprinsipp?

Dommene *Viacom Outdoor*¹¹⁰ og *Burmanjer*¹¹¹, som gjelder den frie bevegelse av henholdsvis tjenester og varer, kan anses som eksempler på anvendelse av adekvanskravet. Det ble imidlertid ikke brukt den samme formuleringen som i de tidligere nevnte dommer. Dette gjelder også den nye dommen *C-297/05 Kommissionen mot Nederland*¹¹². Disse sakene ser ut til å i stedet antyde et slags bagatellprinsipp. Dommene er også av nyere dato enn de tidligere nevnte dommene som omhandler adekvanskravet.

Viacom Outdoor omhandlet bl.a. en italiensk regel om at kommunene kunne innkreve en avgift for reklamering med plakater på offentlige steder. Denne avgiften tilfalt kommunen

¹⁰⁴ Sag C-96/94 Centro Servizi Spediporto Srl mod Spedizioni Marittima del Golfo Srl.

¹⁰⁵ Forenede sager C-140/94, C-141/94 og C-142/94 DIP SpA m.fl. mod Comune di Bassano del Grappa og Comune di Chioggia.

¹⁰⁶ Sag C-93/92 CMC Motorradcenter GmbH mod Pelin Baskiciogullari.

¹⁰⁷ Sag C-190/98 Volker Graf mod Filzmoser Maschinenbau GmbH.

¹⁰⁸ Sag C-44/98 BASF AG mod Präsident des Deutschen Patentamts.

¹⁰⁹ Sag C-134/94 Esso Española SA mod Comunidad Autónoma de Canarias.

¹¹⁰ Sag C-134/03 Viacom Outdoor Srl mod Giotto Immobiliare SARL. Heretter "Viacom Outdoor".

¹¹¹ Sag C-20/03 Straffesag mod Marcel Burmanjer, René Alexander Van Der Linden og Anthony De Jong. Heretter "Burmanjer".

¹¹² Sag C-297/05 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Nederlandene.

selv, som også drev en kommunal oppklebingstjeneste (for reklameplakater). Domstolen uttaler i avsnitt 38:

”Derefter skal det bemærkes, at en sådan afgift alene finder anvendelse på reklamering i det fri, som indebærer anvendelse af offentligt område, der forvaltes af de kommunale myndigheder, og at afgiftens størrelse er fastsat til et niveau, der kan anses for beskedent i forhold til værdien af præstationen af de ydelser, som er underlagt afgiften. Under disse betingelser kan opkrævningen af en sådan afgift under alle omstændigheder ikke forbyde, hindre eller på anden måde gøre erlæggelsen af offentlige opklæbningsydelser, som skal udføres på de berørte kommuners områder, mindre tiltrækkende; dette gælder også, når disse præstationer er grænseoverskridende på grund af enten tjenesteyderens eller modtageren af denne ydelses forretningssted.”

Domstolen går her inn i den konkrete saken og vurderer både regelen og dens konsekvenser i forhold til de fire friheter. Den bemerker først at avgiften kun gjelder for reklamering ute på offentlige områder, og deretter at avgiftens størrelse har et beskjedent nivå. Det fremstår som uklart om domstolen bruker adekvansprinsippet, eller om den bare konstaterer at restriksjonen ikke er til hinder for den frie bevegelse for tjenester. Et annet alternativ er at det faktisk er et slags bagatellprinsipp som brukes.

At den ikke nevner ”usikker og indirekte” gjør at det kan sås tvil om det virkelig er adekvansprinsippet som blir brukt. Det er heller ingenting annet som tilsier at det her er den manglende årsakssammenhengen som er det sentrale, noe som jo vil være tilfellet når det er tale om en adekvansvurdering. Tvert imot ser det ut som om domstolen vurderer selve avgiften og dens karakteristika, ikke hvor usikre og indirekte eventuelle virkninger ville vært i forhold til den frie bevegelse.

Det er imidlertid her en glidende overgang mellom en vurdering av bagatellprinsippet og en adekvansvurdering. Man kan se det slik at domstolen mener avgiften er av så beskjedent omfang at eventuelle virkninger på samhandelen ville vært vanskelige å føre tilbake til denne. Virkningene ville dermed vært for usikre og indirekte. Her ser vi imidlertid det vanskelige skillet mellom adekvanskravet og bagatellunntaket, siden konklusjonen (og

resonnementet) i *Viacom Outdoor* kan formuleres som uttrykk for begge typer vurderinger. Hva er det sentrale her? At avgiften er beskjedent og av liten betydning, eller at årsakssammenhengen mellom avgiften og eventuelle virkninger derfor ville vært svak?

I *C-297/05 Kommisjonen mot Nederland* uttaler domstolen seg svært likt som i *Viacom Outdoor*. Saken omhandler en nederlandsk regel om obligatorisk identifisering og teknisk kontroll av kjøretøy fra andre medlemsstater. EF-domstolen bemerker her at kontrollen det er tale om er en ”simpl administrativ formalitet”, og uttaler så:

*”I lyset af ovenstående betragtninger kan den kontrol med henblik på identificering af køretøjer, der er redegjort for ovenfor, ikke anses for at have nogen som helst afskrækkende virkning for indførslen af et køretøj til denne medlemsstat eller gøre en sådan indførsel mindre attraktiv.”*¹¹³

Domstolen konkluderer altså kort og greit med at identifiseringen ikke har noen virkning for samhandelen. Man kunne likeså godt ha begrunnet dette med et bagatellprinsipp, ved å si at identifiseringen kun var en enkel formalitet som var for bagatellmessig til å kunne anses som en restriksjon. Et adekvanskrav kunne også muligens ha blitt brukt. Man kunne da fokusert på at eventuelle virkninger av disse reglene ville vært for fjerne og indirekte i forhold til regelen.

Man kan selvsagt se bort fra både adekvanskravet og bagatellprinsippet og si at det i både *Viacom Outdoor* og *C-297/05 Kommisjonen mot Nederland* kun gjøres en konkret vurdering, og at det konkluderes med at regelen ikke bryter med henholdsvis artikkel 49 og artikkel 28.

Det er nemlig også et svært uklart skille mellom de tilfellene der man faktisk finner at regelen har en restriktiv virkning, men at denne enten pga. fjern årsakssammenheng eller ubetydelig virkning ikke juridisk sett skal anses som en restriksjon, og de tilfellene der man kun konkluderer med at regelen overhodet ikke har noen innvirkning på samhandelen og

¹¹³ *Viacom Outdoor*, avsnitt 63.

derfor ikke er en restriksjon. Domstolen konkluderer imidlertid ofte kun med at regelen ikke har den virkning som påstått, og holder derfor både adekvanskravet og et eventuelt bagatellprinsipp utenfor.

Sakene viser at det ikke alltid vil være mulig å sonde klart mellom de ulike tilfellene. Likevel vil det være nærliggende å si at domstolen både i *C-297/05 Kommisjonen mot Nederland* og *Viacom Outdoor* de facto bruker et bagatellprinsipp, selv om dette ikke kommer klart frem.

De nevnte dommene fremstår dermed som et brudd på tidligere praksis, ved at man faktisk innleder seg på en vurdering av regelens ubetydelige virkning. I denne sammenheng går *Burmanjer* enda lengre i å antyde et mulig bagatellprinsipp.

Burmanjer omhandlet tre nederlandske statsborgere som solgte abonnementer på ulike tidsskrifter på gaten i Belgia. De ble på grunn av dette idømt bøter for å ha utøvet ervervsvirksomhet uten fast forretningssted, uten de nødvendige tillatelser. Domstolen uttaler i avsnitt 30 og 31:

”Det er ubestridt, at en national ordning såsom ordningen om salg uden fast forretningssted i princippet kan begrænse det samlede salg af de pågældende varer i den berørte medlemsstat og dermed også kan nedsætte salgsmængden af varer hidrørende fra andre medlemsstater. Endvidere er det ubestrideligt, at salg uden fast forretningssted af abonnementer kan vise sig at være en god metode til at gøre forbrugerne bekendt med tidsskrifter fra andre lande. Kommissionen har i denne forbindelse gjort gældende, at dette særligt er tilfældet med hensyn til udenlandske tidsskrifter.

*Det bemærkes imidlertid, at de oplysninger, som Domstolen har til rådighed, ikke gør det muligt for den med sikkerhed at fastslå, om den nationale ordning om salg uden fast forretningssted rammer markedsføringen af produkter med oprindelse i andre medlemsstater end Kongeriget Belgien hårdere end produkter fra sidstnævnte stat. Det fremgår imidlertid af sagens akter, der er fremsendt til Domstolen, at såfremt ordningen måtte have en sådan virkning, er den **for ubetydelig***

og tilfeldig til at kunne anses for at hindre eller på anden måde hæmme samhandelen mellem medlemsstaterne.”(min utheving).

Domstolen tar her utgangspunkt i at de belgiske reglene kan påvirke varebevegeligheten, samt at den omstridte salgsmåte er en god måte for utenlandske tidsskrifter å komme seg inn på markedet. Det bemerkes så at domstolen ikke har mulighet til å fastslå med sikkerhet om reglene har en diskriminerende virkning for utenlandske produkter.

Det sentrale er imidlertid at domstolen deretter uttaler seg om den eventuelle virkningen av den nasjonale regelen, og karakteriserer den som for ”ubetydelig og tilfeldig”. Det er særlig verdt å merke seg ”ubetydelig”, noe som jo går rett til kjernen av bagatellprinsippet.

Man kan imidlertid spørre seg hvor stor betydning det har at disse ordene brukes, og om det på originalspråket virkelig var det de mente å si. Den franske versjonen bruker ordene ”*insignifiante et aléatoire*”, den engelske ”*insignificant and uncertain*” og den spanske ”*insignificante y aleatoria*”. Det fremstår ut fra dette som utvilsomt at ”ubetydelig” er den rette oversettelsen av ”insignifiante”. I stedet for ”tilfeldig” kan imidlertid ordet ”usikker” muligens også brukes for ”aléatoire”, men det vil ikke ha noen betydning her.

Ordvalget i dommen kan tyde på at domstolen nå åpner opp noe for å bruke et bagatellprinsipp. Av betydning er det også at man ikke bruker ”usikker og indirekte”, noe som vel ville vært naturlig dersom man tok sikte på å bruke adekvansregelen.

4.3.4 Sammenligning av adekvanskravet og et mulig bagatellprinsipp

Det er åpenbart at skillet mellom bagatellprinsippet og adekvanskravet er betydelig vanskeligere å trekke i praksis enn i teorien. Selv om vi vet at det er en forskjell, er det ikke lett å se akkurat hvor grensen går i praksis. Betyr formuleringen ”ubetydelig og tilfeldig” i *Burmanjer* noe annet enn ”usikker og indirekte”? Og hvor stor er egentlig denne forskjellen? Disse spørsmålene fører en videre til et enda viktigere spørsmål, nemlig

hvilken nytte det egentlig har å skille dem fra hverandre. Med et bagatellprinsipp ville det ikke vært nødvendig med et klart skille her; man ville hatt mulighet til å komme seg utenfor artikkel 28 uansett om det dreide seg om fjern årsakssammenheng eller ubetydelige virkninger.

Det er imidlertid mulig å trekke et prinsipielt skille, om enn ikke særlig klart, mellom en regel om adekvans og et bagatellprinsipp. Det går som sagt først og fremst ut på at adekvansregelen tar sikte på å sette en grense mot potensielle virkninger som er for fjerne og indirekte i forhold til årsaken. Her er det altså tale om en årsakssammenheng som blir for fjern.

Det avgjørende vil da ikke være at virkningen er liten i den store sammenheng, slik det vil være med bagatellprinsipp, men derimot hvor avledet og indirekte virkningen er i forhold til årsaken.

Bluhme kan brukes til å illustrere dette. Det ble her gjort gjeldende fra dansk side at virkningene ville være for usikre og indirekte til at regelen kunne anses for å være en restriksjon. Generaladvokat Fennelly avviser dette på det grunnlag at man da blander sammen omfang med fjernhet. Han viser til flere dommer som omhandler adekvanskravet, bl.a. *Peralta*¹¹⁴ og *CMC Motorradcenter*¹¹⁵, og understreker at det i disse sakene var en for fjern årsakssammenheng. Det var derfor ikke mulig for domstolen å legge til grunn at det kunne ha en påviselig virkning for handelen. Dette i motsetning til den foreliggende sak, hvor virkningen er ”direkte og umiddelbar”. Fennelly uttaler i avsnitt 22:

”(...)eftersom bekendtgørelsen forbyder indførsel af bier fra andre medlemsstater til en del af det danske område, har den en direkte og umiddelbar virkning på samhandelen, og ikke virkninger, der er alt for usikre og indirekte til, at den i bekendtgørelsen fastsatte forpligtelse kan betragtes

¹¹⁴ Se fotnote 93.

¹¹⁵ Se fotnote 97.

som en foranstaltning, der er egnet til at hindre samhandelen mellem medlemsstaterne.” (min utheving).

Adekvansregelen handler altså om fjernhet, mens bagatellprinsippet handler om omfang. Det er som nevnt uklart hva slags omfang et bagatellprinsipp vil handle om. Enten kan omfanget av den nasjonale regelen være lite (den nasjonale regelen skaper ubetydelige hindringer for de involverte), eller den nasjonale regelen kan gjelde for et fåtall av næringsdrivende, arbeidstakere etc. Det vil være lettere å argumentere for førstnevnte. Poenget er imidlertid at adekvanskravet fokuserer på årsakssammenhengen og at det er vanskelig å koble virkningen til den nasjonale regelen, ikke selve virkningen i seg selv.

Adekvanskravet er derfor rent prinsipielt noe annet enn et bagatellprinsipp, da disse omhandler to teoretisk sett forskjellige ting. Skillet kan imidlertid være vanskelig i praksis, og det er noe uklart hvordan adekvansprinsippet egentlig bør anvendes. Adekvanskravet er også svært vagt utformet, og det er lite veiledning å hente i rettspraksis og litteratur.

Selv om adekvanskravet og bagatellprinsippet teoretisk sett omhandler to forskjellige ting, kan det også hevdes at adekvanskravet kunne vært formulert som et bagatellprinsipp. Virkning og årsakssammenheng er jo nært knyttet til hverandre, og en fjern virkning vil ofte også være en ubetydelig virkning.

Det kan også argumenteres for at selv om det i teorien er et skille mellom bagatellprinsippet og adekvanskravet, lar det seg ikke gjøre å operere med dette skillet i praksis. På den måten kan man si at adekvanskravet i praksis fører til en anvendelse av et bagatellprinsipp. Dette fremholdes av Starup¹¹⁶, som mener at EF-domstolen de facto bruker bagatellprinsippet i adekvanstilfellene.

¹¹⁶ Starup, op. cit., s. 279.

Et eksempel er *Graf*.¹¹⁷ Denne saken omhandler den frie bevegelighet av arbeidstakere i henhold til østerrikske regler om fratrædelsesgodtgjørelse. Domstolen uttaler i avsnitt 24 og 25:

”Det må fastslås, at bestemmelser som de i hovedsagen omtvistede ikke kan forhindre en arbeidstager i eller afholde ham fra at bringe ansættelsesforholdet til ophør med henblik på at udøve lønnet beskæftigelse hos en anden arbejdsgiver, da retten til fratrædelsesgodtgørelsen ikke afhænger af, om arbeidstageren vælger at blive hos sin nuværende arbejdsgiver eller ej, men af en fremtidig og hypotetisk begivenhed, nemlig den senere ophævelse af arbejdsforholdet, uden at han selv har taget initiativ til ophævelsen, eller uden at denne må tilskrives ham.

En sådan begivenhed er alt for usikker og indirekte til, at bestemmelser, hvorefter retsvirkningen af en ophævelse af ansættelsesforholdet ikke er den samme, når ansættelsesforholdet ophæves af arbeidstageren selv, som når han ikke har taget initiativ til ophævelsen, eller denne ikke må tilskrives ham, kan antages at udgøre en hindring for arbejdskraftens frie bevægelighed.”

Vi ser her en ”typisk” bruk av adekvanskrevet. Det kan imidlertid argumenteres, slik Starup gjør, for at det i realiteten var et bagatellprinsipp som ble brukt. Poenget er at de østerrikske reglene klart nok har en virkning, da det er liten tvil om at de kan påvirke arbeidstakerne. Det virker derfor som noe tilfeldig at man kaller virkningene ”usikre og indirekte”, og ikke for eksempel ubetydelige. Er det virkelig årsakssammenhengen som er sentral her? Etter min mening, er det like riktig å tale om en ubetydelig virkning.

4.3.5 Konklusjon

Vi har her sett flere eksempler på den glidende overgangen mellom adekvanskrevet og bagatellprinsippet, og dette tilsier at det ikke er så stor forskjell mellom de to i praksis. Både adekvanskrevet og bagatellprinsippet, samt *Keck*, har samme formål, nemlig å

¹¹⁷ Sag C-190/98 Volker Graf mod Filzmoser Maschinenbau GmbH.

begrense restriksjonsbegrepet. Det har videre vist seg vanskelig å holde dem klart fra hverandre i praksis.

Det er derfor, etter min mening, gode grunner til å si at rettspraksis viser en utvikling mot et bagatellprinsipp. Slik det ser ut, viskes grensene mellom adekvanskravet og bagatellprinsippet mer ut, og det vil derfor være mer hensiktsmessig å tale om et bredere bagatellprinsipp der adekvanskravet inngår som en del.

5 **Bør det være et bagatellprinsipp innen de fire friheter?**

5.1 Fri bevegelighet som en menneskerett?

Det kan argumenteres for at man, på grunn av de fire friheters fundamentale betydning for det indre marked, ikke kan akseptere restriksjoner selv om de er ubetydelige og/eller kun gjelder for en liten gruppe. Dette fremheves særlig av Oliver.¹¹⁸ Han mener at alle restriksjoner i seg selv bør anses for å være viktige, uansett hvor stor virkning de har på samhandelen og uansett hvilket statlig nivå de stammer fra. Dette begrunnes ut fra det faktum at staten har et større ansvar enn de private. Følgelig, dersom vi først skal ta de fire friheter alvorlig, er det ikke plass for et bagatellprinsipp.¹¹⁹

Oliver trekker i forbindelse med dette inn menneskerettighetene som en parallell. Han nevner som eksempel retten til å ikke bli fengslet uten dom. Her ville det klart nok vært utenkelig med et bagatellprinsipp. Han mener denne logikken også gjelder for de fire friheter, om enn med noe mindre styrke. Det ville for eksempel vært vanskelig å forestille seg at diskriminering av arbeidstakere fra en annen medlemsstat skulle kunne aksepteres på grunnlag av at arbeidstakerne var svært få.

Her kommer igjen usikkerheten rundt bagatellprinsippets innhold inn. Det ser ut til at Oliver ser for seg et bagatellprinsipp som vil tillate tyngende restriksjoner, så lenge de kun gjelder et fåtall av personer. Dette er som nevnt ikke opplagt. Et bagatellprinsipp kan like gjerne bety at en tillater restriksjoner som er bagatellmessige fordi de har liten økonomisk og praktisk betydning, men at en ikke tillater restriksjoner kun fordi de rammer et lite antall personer (eller bedrifter). Betraktningssmåten som går på økonomisk og praktisk betydning er etter min mening både mer hensiktsmessig og naturlig.

¹¹⁸ Oliver, op. cit., s. 791.

¹¹⁹ Ibid.

I tillegg kan en si at det å sammenligne de fire frihetene med menneskerettighetene, er å trekke de fire friheters fundamentale betydning vel langt. De fire frihetene har først og fremst økonomiske formål, og skal sikre økonomisk velferd i EU-statene.

Menneskerettighetene skal derimot sikre de mest grunnleggende politiske og sosiale rettigheter for alle mennesker, bl.a. religionsfrihet og ytringsfrihet. Det er imidlertid lett å være enig med Oliver i det at de fire frihetene er av større betydning enn mange andre regler og prinsipper innen fellesskapsretten, og at de derfor bør nyte større vern.

5.2 Bør Keck-doktrinen erstattes av et bagatellprinsipp?

Den største delen av argumentasjonen for et bagatellprinsipp baserer seg på en kritikk av Keck-doktrinen. Kritikken munner da ut i et forsøk på å finne andre løsninger enn Keck-doktrinen, og her kommer ofte bagatellprinsippet inn. Jeg vil derfor gå gjennom en del av kritikken som er blitt rettet mot Keck-doktrinen, og så gå videre til drøftelsen av bagatellprinsippet som mulig løsning.

Det mest åpenbare forsøket på å innføre bagatellprinsipp ble gjort av generaladvokat Jacobs i hans forslag til avgjørelse i *Leclerc-Siplec*. Forslaget ble imidlertid ikke fulgt opp av domstolen.

Saken omhandlet en fransk regel som forbød distribusjonssektoren å reklamere på tv. Formålet med regelen var å beskytte den franske regionale presse ved å tvinge distribusjonssektoren til heller å annonsere i regionale aviser.

Jacobs hevder for det første at det er uhensiktsmessig å oppstille så skarpe sondringer mellom ulike regelkategorier og å bruke forskjellige kriterier ut fra hvilken kategori reglene tilhører. Restriksjoner på ”bestemte former for salg” kan klart nok også medføre alvorlige hindringer for importen. Et sentralt eksempel er viktigheten av reklame ved lansering av et nytt produkt på markedet. Frihet i forhold til markedsføring er av stor betydning for

gjennomføringen av de fire friheter, og bør derfor ikke undervurderes. Dette er et av Jacobs' viktigste argumenter mot Keck-doktrinen.

Generaladvokat Jacobs mener det er nødvendig med en mer hensiktsmessig avgrensning av artikkel 28s virkeområde. Når det gjelder hvilket kriterium en bør ta i bruk i denne sammenheng, må utgangspunktet være at alle virksomheter skal ha lik tilgang til hele markedet. Dette er det grunnleggende prinsipp. Spørsmålet er hvordan en på best måte skal begrense dette prinsippets rekkevidde.¹²⁰

Som et alternativ til Keck-doktrinen, kan et vesentlighetskriterium (*"substantial hindrance"*) være hensiktsmessig. Dette tilsier et bagatellprinsipp. Et slikt prinsipp er mer fleksibelt og kan tilpasses enhver situasjon. Generaladvokaten uttaler om dette i avsnitt 42:

*"Hvis princippet er, at alle virksomheder bør have uhindret adgang til hele Fællesskabets marked, må det rette kriterium efter min opfattelse være, om der foreligger en **væsentlig hindring** for denne adgang. Dette vil naturligvis være det samme som at indføre et **mindstekrav** i forbindelse med artikel 30 [nå artikkel 28]. Når først det er anerkendt, at der er behov for at begrænse artikel 30's [nå artikkel 28] anvendelsesområde for at forhindre et alt for vidtgående indgreb i medlemsstaternes beføjelser til at udstede retsfor skrifter, forekommer et kriterium, som er baseret på, **i hvilket omfang en foranstaltning hindrer samhandelen** mellem medlemsstaterne ved at begrænse markedsadgangen, at være den mest nærliggende løsning."* (mine uthevinger).

Han argumenterer her for å etablere en minstetærskel for å kunne avskjære en regel etter artikkel 28, noe som i realiteten innebærer et bagatellprinsipp. Videre bemerker han at en slik regel kun vil gjelde i tilfeller der det ikke foreligger diskriminering, og at man må utvise forsiktighet ved innføringen og praktiseringen av en slik regel.

Jacobs velger her en mer praktisk, og etter min mening velbegrunnet tilnærming enn det domstolen gjorde i *Keck*. Som sagt fulgte ikke domstolen generaladvokat Jacobs' forslag.

¹²⁰ Jacobs (1994), avsnitt 41.

Den valgte i stedet å anvende Keck-doktrinen, uten å i det hele tatt nevne bagatellprinsippet. Jacobs' resonnement har likevel en sterk argumentasjonsverdi. Som vi skal se nærmere på nedenfor, preges imidlertid den juridiske litteraturen av sprikende oppfatninger av temaet.

Jacobs får bl.a. støtte fra Tryfonidou¹²¹, som mener Jacobs' betraktningssmåte er mer "sensitive to economic reality"¹²² enn Keck, samtidig som den opprettholder poenget bak Keck (nemlig å avgrense restriksjonsbegrepet).

Ytterligere støtte kommer fra Weatherill¹²³, som mener at et bagatellprinsipp ville vært en mer sofistikert og gjennomtenkt metode enn den formalistiske Keck-doktrinen.

Weatherill mener Keck-doktrinen burde omformuleres til følgende test:

*"Measures introduced by authorities in a Member State which apply equally in law and in fact to all goods and services without reference to origin and which impose **no direct or substantial hindrance to the access of imported goods or services to the market** of that Member State escape the prohibition of Articles 30 [nå artikkel 28] and 59 [nå artikkel 49]".¹²⁴ (min utheving).*

Det ser her ut til at Weatherill ønsker å oppstille en terskel for anvendelse av restriksjonsbegrepet, noe som kan gi støtte til et eventuelt bagatellunntak, da det utelukker indirekte og ubetydelige hindringer fra reglene om de fire friheters virkeområde.

Han sier videre om denne testen:

"This formula addresses the core "Keck problem" – the need to place beyond the reach of EC law national rules that pose no threat to the construction of an internal market – but is based on less formalist foundations than Keck itself."

¹²¹ Tryfonidou (2007).

¹²² Ibid. s. 174.

¹²³ Weatherill (1996).

¹²⁴ Ibid. s. 896-897.

Dette er i realiteten en beskrivelse av bagatellprinsippet, som jo retter seg mot de situasjoner der den nasjonale regel faktisk ikke representerer noen reell trussel mot det indre marked. Med "Keck-problemet" sikter trolig Weatherill til Keck-doktrinenes vanskelige skille mellom produkt- og salgsrestriksjoner. Det finnes jo faktisk, som nevnt tidligere, situasjoner hvor den omstridte regelen ikke truer det indre marked, men hvor den ikke "passer inn" i Keck-doktrinen, for eksempel sakene om bruks- og aktivitetsrestriksjoner.

5.3 Blir et bagatellprinsipp for vagt og uhåndterlig?

Gormley¹²⁵ støtter også til en viss grad Jacobs' syn, og kritiserer (som de fleste andre forfattere innen juridisk litteratur) *Keck* for dens svært knappe premisser. Han inntar det synet at *Keck* kan bli sett på som "*a backdoor attempt to introduce a de minimis criterion into Article 30* [nå artikkel 28]"¹²⁶, altså at domstolen prøvde å "snike et bagatellprinsipp inn bakdøren". Jacobs' resonnement fremstår også i følge Gormley som mer ærlig ("*intellectually honest*") enn domstolens knappe argumentasjon i *Keck*. Dette henger igjen sammen med diskusjonen i litteraturen om Keck-doktrinen i virkeligheten er et bagatellprinsipp.

Gormleys støtte til Jacobs går imidlertid ikke lenger enn konstateringen av at å argumentere for et bagatellprinsipp er mer ærlig intellektuelt sett enn å "snike" det inn gjennom Keck-doktrinen. Han mener innføringen av bagatellprinsipp ville vært uakseptabelt, først og fremst fordi det ville vært svært vanskelig å praktisere. Dette er argumentet som går igjen i diskusjonen.

¹²⁵ Gormley (1996).

¹²⁶ Ibid. s. 882.

Det er viktig å understreke, noe Jacobs også gjør i sitt forslag til avgjørelse, at dersom en ønsker et bagatellprinsipp, er det nødvendig å sette klare krav til hvordan det skal gjelde. Generaladvokaten mente at domstolen i *Keck* sannsynligvis var bekymret for at nasjonale domstoler ville utelukke for mange regler fra artikkel 28s virkeområde, dersom en innførte et bagatellprinsipp.¹²⁷ Det er følgelig nødvendig å utvise stor forsiktighet ved praktiseringen av bagatellprinsippet.

Denne delen av argumentasjonen er imidlertid noe problematisk. Jacobs fremstår jo som svært uklar på hva som faktisk ville vært en betydelig hindring, til tross for at han erkjenner viktigheten av å sette klare krav her. Dette påpekes bl.a. av Gormley. Jacobs sier at en må utvise forsiktighet og en må ha klare kriterier for bruken, men han går ikke noe nærmere inn på hva dette faktisk innebærer i praksis. Dette illustrerer det faktum at det er svært vanskelig å sette klare grenser for hva som er en betydelig hindring og ikke. Kanskje fungerer bagatellprinsippet bedre i teorien enn i praksis?

Dette kan igjen illustreres med forskjellen mellom å ha et bagatellprinsipp innen konkurranseretten og å ha et bagatellprinsipp innen de fire friheter. Som nevnt tidligere, ligger mange av de samme formålene bak begge regelsett, og det er klart at reglene i stor grad er utformet på samme måte, jf. *Consten & Grundig*¹²⁸. Likevel finnes det gode grunner til å holde de to regelsettene fra hverandre.

Først og fremst er det mye enklere å anvende bagatellunntaket innen konkurranseretten. Dette har å gjøre med at markedsandeler kan konkretiseres og tallfestes, noe som kan eksemplifiseres ved at Kommisjonen i meddelelser fastsetter hva bagatellprinsippet skal gå ut på. I den siste meddelelsen fra Kommisjonen ble det stadfestet at dersom avtalepartenes samlede markedsandel ikke overstiger 10 %, eller hvis de enkelte avtalepartenes

¹²⁷ Jacobs (1994), avsnitt 42.

¹²⁸ Se fotnote 15.

markedsandeler ikke overstiger 15 %, er avtalen ikke ansett for å påvirke konkurransen merkbart.¹²⁹ Slike avtaler omfattes av bagatellprinsippet og går klar av artikkel 81.

Det kan dermed settes klare grenser for hva som er å anse som merkbart og ikke, og bagatellprinsippet vil være enkelt å praktisere. Bagatellprinsippet bidrar følgelig til å skape en stor grad av forutsigbarhet innen konkurranseretten.

I denne sammenheng vil situasjonen være den motsatte for de fire friheter. Det ville ikke vært mulig å kvantifisere virkningene av en regel på samme måte som en måler et foretaks markedsandel. Tvert i mot hva som er tilfellet i konkurranseretten, ville et bagatellunntak innen de fire friheter i alle fall på kort sikt ført til større usikkerhet og mindre forutsigbarhet. Et bagatellprinsipp ville vært vanskelig for både myndigheter og domstoler å praktisere.

Bagatellprinsippet innen de fire friheter fremstår altså som relativt uklart. Dette er imidlertid noe av poenget med bagatellprinsippet, nemlig at det ikke skal kunne fastsettes et klart skille på hva som representerer en betydelig hindring og ikke. Det er nettopp uklarheten som gir bagatellprinsippet fleksibiliteten til å kunne brukes på flere ulike situasjoner.

Mot dette hevdes det ofte at rettstilstanden med et bagatellprinsipp ville blitt svært uforutsigbar. Domstolen må da bruke skjønn i hvert enkelt tilfelle, og resultatet ville kunne bli tilfeldig. Imidlertid vil domstolene over tid kunne konkretisere bagatellprinsippet slik at det etter hvert ville blitt forutsigbart. I denne sammenheng kan en muligens se Keck-doktrinen som del av en slik konkretisering. Dette gjelder også alle de senere dommene som har modifisert og konkretisert Keck-doktrinen.

¹²⁹ Meddelelse fra Kommissionen om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler), (2001/C 368/07).

5.4 Rettslige standarder i et multikulturelt rettsfellesskap

Man kan da likevel spørre om dette er en akseptabel måte å løse rettslige problemer på. Bør man ikke heller lete etter den riktige regel, i stedet for å gå ut fra at domstolene vil finne frem til en standard som ut fra deres syn virker fornuftig? Dette er et særlig akutt problem for en regel som for det første skal praktiseres i mange forskjellige land med forskjellig rettslig kultur, og for det annet er ment å sette grenser for landenes handlefrihet.

Forutsetter ikke vellykket bruk av rettslige standarder en noenlunde ensartet juridisk kultur blant brukerne? Hvordan en rettslig standard som ”bagatellprinsippet” vil forstås og anvendes, vil i stor grad avhenge av rettsanvenderens kulturelle og faglige bakgrunn. Brukerne av EU-retten har ikke hatt den samme opplæring og sosialisering som en kan si at juristene i ett land har. Selv om det er mulig å hevde at det finnes et visst overnasjonalt, kulturelt fellesskap innen juristkulturen knyttet til bl.a. kontradiksjon, rettslig autonomi og likhetsprinsipper, er det større forskjeller enn likheter å spore.¹³⁰

Graver stiller følgende spørsmål vedrørende dette:

”Hvordan kan faktiske omstendigheter virke normerende i en rettsorden som preges av kaos i forekomsten av faktiske kilder som fastsatte normer og praksis og samtidig er åpenbart ufullstendig slik at mange rettsspørsmål må løses uten at det finnes slike kilder å påberope seg? Og hvordan kan man kartlegge en felles normativ ideologi når en slik i høyden er et fjernt integrasjonsmål og neppe på lenge en etablert tilstand?”¹³¹

Graver skriver her om den kaotiske rettsordenen for EF-domstolen, og det er klart at dette vil være enda mer problematisk for de ulike nasjonale domstolene. Regelen skal jo praktiseres både av EF-domstolen og av nasjonale domstoler. Imidlertid vil det være EF-domstolens oppgave å skape tydelige retningslinjer i forhold til anvendelsen av rettslige standarder som bagatellprinsippet. Det er derfor svært viktig at EU-retten gjennom EF-

¹³⁰ Ibid. s. 62.

¹³¹ I.c.

domstolens tolkning oppstiller klare og entydige kriterier, slik at en på best mulig måte kan sikre en enhetlig forståelse av prinsippet i de ulike EU-landene.

Synet på rettslige standarder og de ulike løsningene vil i noen grad preges av hver persons syn på domstolenes roller og oppgaver generelt. Er de kun rettsanvendere eller driver de også rettsskapende virksomhet? Det er klart at EF-domstolen har hatt en viktig rettsskapende rolle, og det er særlig blitt hevdet at denne rettsskapende virksomheten har hatt betydning for utviklingen i EU mot økt integrasjon.¹³² Hvor store muligheter de nasjonale domstolene har til å drive rettsskapende virksomhet på det EU-rettslige området, er mer usikkert. Dette er jo først og fremst EF-domstolens oppgave.

Likevel vil en persons holdninger til rettslige standarder som bagatellprinsippet som regel være preget av hvor stor grad av tillit vedkommende har til domstolene. Dette går igjen over i en diskusjon om hvor mye makt det er ønskelig at domstolene har.

5.5 Rettslige standarder som et mulig demokratiproblem

Det er klart at bagatellprinsippet ville krevd mer av domstolene enn den formalistiske Keck-doktrinen. I tillegg må det anses for å være et paradoks at en regel som bagatellprinsippet, som jo skal gi statene mer spillerom, i praksis overfører mer makt til domstolene.

Dette kan sammenlignes med proporsjonalitetsprinsippet, som er et eksempel på en rettslig standard som overfører makt til domstolene. Prinsippet innebærer at det må være samsvar mellom det mål som ønskes oppnådd og de midler som benyttes for å nå målet.¹³³ Prinsippet gir domstolene mulighet til å prøve forholdsmessigheten av lovbestemmelser i forhold til EU-retten. At domstolene kan overprøve lovgivers vurderinger i forhold til en

¹³² Ibid. s. 60.

¹³³ Lilli (1999) s. 516.

bred, ulovfestet og rimelighetsbasert avveining, representerer en betydelig maktoverføring.¹³⁴

Det vil være ulike meninger om hvor hensiktsmessig og riktig en slik maktoverføring virkelig er. Man kan sette det på spissen og spørre om det i realiteten representerer en undergraving av demokratiet. Er dette en del av rettsliggjøringen av politikken som presenteres i den norske Makt- og demokratiutredningen?¹³⁵ Det konkluderes her med at domstoler og andre rettsorganer får økende betydning på bekostning av den folkevalgte myndighet, og at skillet mellom lovgivning og lovanvendelse blir visket ut.¹³⁶

I norsk sammenheng har rettsliggjøring en negativ konnotasjon, men dette er ikke tilfellet i alle andre EU-land. For eksempel i Tyskland blir en slik rettsliggjøring ansett som ønskelig og nødvendig. Ut fra historiske erfaringer ser man det slik at lovgivende myndighet trenger en sterkt kontrollerende domstol.

Denne debatten spenner svært vidt, og jeg vil ikke gå nærmere inn på den her. Det vesentlige er imidlertid å understreke at slike rettslige standarder har flere konsekvenser enn de helt åpenbare, og at debatten har flere prinsipielle sider som kan være vel så viktige som de praktiske.

5.6 Hvordan kan et bagatellprinsipp formuleres?

Det fremgår av fremstillingen ovenfor at det vil være svært komplisert å formulere et praktisk brukbart bagatellprinsipp. Jeg skal derfor avslutningsvis nøye meg med noen få synspunkter. Som jeg har vært inne på tidligere, er bagatellprinsippet et lite presist begrep. Dette har gått igjen som et argument for hvorfor vi ikke bør ha et slikt prinsipp.

¹³⁴ Ibid. s. 532.

¹³⁵ Makt- og demokratiutredningen 1998-2003.

¹³⁶ NOU 2003:19 s. 30.

Som bl.a. Jervell påpeker, er det vanskelig å sette grenser for hva som skal anses som vesentlige begrensninger i markedsadgangen. Skal det legges til grunn økonomiske eller juridiske vurderinger? Det mest nærliggende vil være økonomiske analyser, noe domstolen tidligere har forsøkt å unngå.¹³⁷

Det kan videre fremstå som naturlig å skille mellom diskriminerende og ikke-diskriminerende ordninger dersom bagatellprinsippet skulle praktiseres. I utgangspunktet kan det se lite hensiktsmessig ut å bruke et bagatellprinsipp også på diskriminerende ordninger. Imidlertid gjaldt både *Burmanjer* og *C-297/05 Kommisjonen mot Nederland* diskriminerende ordninger. Det vil derfor, etter min mening, være mer hensiktsmessig å fokusere på markedsadgang og restriksjonens faktiske virkning.

Videre vil det, som nevnt tidligere, være betydelig enklere å argumentere for et bagatellprinsipp som retter seg mot restriksjoner med liten økonomisk og/eller praktisk virkning for de involverte. Det vil være vanskelig å anføre at en skal gjøre unntak fra reglene om de fire friheter kun fordi det bare går utover et lite antall personer eller bedrifter, jf. Olivers sammenligning med menneskerettighetene. Forutsatt at de fire friheter er av fundamental betydning for det indre marked, skal det svært mye til for å kunne akseptere at noen i det hele tatt skal måtte tåle tyngende restriksjoner på den frie bevegelse.

I tillegg er det et spørsmål hvorvidt bagatellprinsippet også skal gjelde for produktkrav. I dette henseende er det nærliggende å tenke seg at et bagatellprinsipp bør legges opp i stor grad etter Keck-doktrinen, bare at det er mer fleksibelt. Det vil ikke være like praktisk å bruke et bagatellprinsipp på produktkrav som på salgsvilkår. Imidlertid vil et bagatellprinsipp åpne for en mer helhetlig og skjønnsmessig vurdering, hvor fordelene vil være at man ikke må innrette seg etter formalistiske skiller som for eksempel Keck-doktrinen.

¹³⁷ Jervell, op. cit., s. 517.

5.7 Konklusjon

Som vi har sett, går argumentene mot bagatellprinsippet som regel ut på at det ville vært umulig å bruke i praksis. Etter min mening kan imidlertid ikke bagatellprinsippet utelukkes kun av den grunn at det vil være vanskelig å anvende. Keck-doktrinen er jo også vanskelig, så vel som adekvanskravet. Det ser derfor ut til at en til slutt må foreta en avveining om hva som relativt sett vil være best i praksis. Sannsynligvis er det umulig å finne en ideell løsning som vil dekke alle aktuelle problemstillinger og samtidig være enkel å praktisere.

Det er nærliggende å tenke seg at EF-domstolens dilemma i stor grad har vært frykten for at restriksjonsbegrepet skulle flyte ut dersom de nasjonale domstolene skulle fått for mye makt. Nå er imidlertid det indre marked svært godt utviklet. Situasjonen er betydelig forandret siden *Van de Haar*, og det er ikke lengre behov for å praktisere de fire frihetene like strengt.¹³⁸ En må derfor, etter min mening, ha tillit til at de nasjonale domstolene makter å utforme bagatellprinsippet på best mulig måte ut fra det virkelige behovet som foreligger.

Det er altså, slik jeg ser det, gode grunner til at det bør innføres et bagatellprinsipp. Et slikt prinsipp vil kunne fylle det tomrommet Keck-doktrinen ikke maktet å fylle, jf. for eksempel bruks- og aktivitetsrestriksjoner. Da det finnes flere holdepunkter for å hevde at EF-domstolen allerede de facto bruker et bagatellprinsipp, vil ikke anerkjennelsen av dette prinsippet i praksis føre til noen store omveltninger. Det vil derimot skape større fleksibilitet og på sikt mer forutsigbarhet. Jeg mener også at Keck-doktrinen er basert på en form for bagatellprinsipp og derfor må anses som en delavklaring på hva som vil ligge i dette prinsippet. Alt i alt viser dette, etter min mening, en gradvis tilnærming mot et bagatellprinsipp.

¹³⁸ Steiner (2006) s. 390.

Litteraturliste

- | | | |
|----------------------------------|--|---|
| Barnard, Catherine | <i>The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms.</i> | 2. utg., Oxford, 2007. |
| Craig, Paul og de Búrca, Gráinne | <i>EU Law Text, Cases and Materials.</i> | 4. utg., Oxford, 2007. |
| <i>EØS-rett</i> | Fredrik Sejersted ... [et al.]. | 2. utg., Oslo, 2004. |
| Gormley, Laurence W. | <i>Two Years after Keck.</i> | I: Fordham International Law Journal. Årg. 19 (1996), s. 866-886. |
| Graver, Hans Petter | <i>Forvaltningsrett i markedsstaten. Studier i europeisering av forvaltningsretten.</i> | Bergen, 2002. |
| Jervell, Stephan L. | <i>Keck-dommen – et skritt frem og et til siden.</i> | I: Ånd og rett: festskrift til Birger Stuevold Lassen. 1997, s. 501-518 (Sisert fra Lovdata). |
| Lilli, Marco | <i>Forholdsmessighetsprinsippet i EU-retten og dets betydning i norsk rett.</i> | I: Lov og Rett. 1999, s. 515-536 (Sisert fra Lovdata). |
| Mortelmans, Kamiel | <i>Article 30 of the EEC Treaty and Legislation relating to Market Circumstances: Time to Consider a New Definition?</i> | I: Common Market Law Review. Årg. 28 (1991), s. 115-136. |
| Mortelmans, Kamiel | <i>Towards Convergence in the Application of the Rules on Free Movement and on Competition?</i> | I: Common Market Law Review. Årg. 38 (2001), s. 613-649. |

Oliver, Peter	<i>Some Further Reflections on the Scope of Articles 28-30 (Ex 30-36) EC.</i>	I: Common Market Law Review. Årg. 36 (1999), s. 783-806.
Oliver, Peter og Enchelmaier, Stefan	<i>Free Movement of Goods: Recent Developments in the Case Law.</i>	I: Common Market Law Review. Årg. 44 (2007), s. 649-704.
Starup, Peter	<i>The European Court of Justice as a regulator.</i>	I: (Olsen, Birgitte Egelund og Sørensen, Karsten Engsig) Regulation in the EU. København, 2006, s. 243-285.
Steiner, Josephine, Woods, Lorna og Twigg-Flesner, Christian	<i>EU Law</i>	9. utg., Oxford, 2006.
Tryfonidou, Alina	<i>Was Keck a Half-baked Solution After All?</i>	I: Legal Issues of Economic Integration. Årg. 34 (2007), s. 167-182.
Weatherill, Stephen	<i>After Keck: Some Thoughts on how to Clarify the Clarification.</i>	I: Common Market Law Review. Årg. 33 (1996), s. 885-906.

6 Domsregister

6.1 EF-domstolen:

Forenede sager 56 og 58-64	Établissements Consten S.à.r.l. og Grundig-Verkaufs- GmbH mod Kommission for De Europæiske Fællesskaber.	Saml. dansk specialudgave s. 00245
Sag 5/69	Franz Völk mod Ets. J. Vervaecke SPRL.	Saml. dansk specialudgave s. 00069.
Sag 8/74	Procureur du Roi mod Benoît og Gustave Dassonville.	Saml. 1974 s. 00837
Sag 120/78	Rewe-Zentrale AG mod Bundesmonopolverwaltung für Branntwein.	Saml. 1979 s. 00649
Sag 155/80	Bødesag mod Sergius Oebel.	Saml. 1981 s. 01993
Sag 286/81	Straffesag mod Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV.	Saml. 1982 s. 04575
Forenede sager 177 og 178/82	Straffesager mod Jan van de Haar og Kaveka de Meern BV.	Saml. 1984 s. 01797
Sag 237/82	Jongeneel Kaas BV m.fl. mod den nederlandske stat og Stichting Centraal Orgaan Zuivelcontrole.	Saml. 1984 s. 00483
Sag 269/83	Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Franske Republik.	Saml. 1985 s. 00837
Forenede sager 60 og 61/84	Cinéthèque SA m.fl. mod Fédération nationale des cinémas français.	Saml. 1985 s. 02605
Sag C-69/88	H. Krantz GmbH & Co. mod Ontvanger der Directe Belastingen og den nederlandske stat.	Saml. 1990 s. I- 00583

Sag C-145/88	Torfaen Borough Council mod B & Q plc.	Saml. 1989 s. 03851
Sag C-362/88	GB-INNO-BM mod Confédération du commerce luxembourgeois.	Saml. 1990 s. I-00667
Sag C-49/89	Corsica Ferries France mod Direction générale des douanes françaises.	Saml. 1990 s. II-00509
Sag C-312/89	Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne mod SIDEF Conforama m.fl.	Saml. 1991 s. I-00997
Sag C-76/90	Manfred Säger mod Denneweyer & Co. Ltd.	Saml. 1991 s. I-04221
Sag C-126/91	Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V. mod Yves Rocher GmbH.	Saml. 1993 s. I-02361.
Sag C-169/91	Council of the City of Stoke-on-Trent og Norwich City Council mod B & O plc.	Saml. 1992 s. I-06635
Forenede sager C-267/91 og C-268/91	Straffesag mod Bernard Keck og Daniel Mithouard.	Saml. 1993 s. I-06097.
Sag T-77/92	Parker Pen Ltd mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber.	Saml. 1994 s. II-00549.
Sag C-93/92	CMC Motorradcenter GmbH mod Pelin Baskiciogullari.	Saml. 1993 s. I-05009
Sag C-292/92	Ruth Hünermund m.fl. mod Landesapothekerkammer Baden-Württemberg.	Saml. 1993 s. I-06787
Sag C-379/92	Straffesag mod Matteo Peralta.	Saml. 1994 s. I-03453

Forenede sager C-401/92 og C-402/92	Straffesager mod Tankstation 't Heukske VOF og J. B. E. Boermans.	Saml. 1994 s. I-02199
Forenede sager C-69/93 og C-258/93	Punto Casa SpA mod Sindaco del Comune di Capena og Comune di Capena og Promozioni Polivalenti Venete Soc. coop. arl (PPV) mod Sindaco del Comune di Torri di Quartesolo og Comune di Torri di Quartesolo.	Saml. 1994 s. I-02355.
Sag C-384/93	Alpine Investments BV mod Minister van Financiën.	Saml. 1995 s. I-01141
Sag C-412/93	Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec mod TF1 Publicité SA og M6 Publicité SA.	Saml. 1995 s. I-00179.
Sag C-415/93	Union royale belge des sociétés de football association ASBL m.fl. mod Jean-Marc Bosman m.fl.	Saml. 1995 s. I-04921.
Sag C-55/94	Reinhard Gebhard mod Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano.	Saml. 1995 s. I-04165.
Sag C-96/94	Centro Servizi Spediporto Srl mod Spedizioni Marittima del Golfo Srl.	Saml. 1995 s. I-02883.
Sag C-134/94	Esso Española SA mod Comunidad Autónoma de Canarias.	Saml. 1995 s. I-04223.
Forenede sager C-140/94, C-141/94 og C-142/94	DIP SpA m.fl. mod Comune di Bassano del Grappa og Comune di Chioggia.	Saml. 1995 s. I-03257.

Forenede sager C-34/95, C- 35/95 og C- 36/95	Konsumentombudsmannen (KO) mod De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) og TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 og C-36/95).	Saml. 1997 s. I- 03843.
Sag C-368/95	Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH mod Heinrich Bauer Verlag.	Saml. 1997 s. I- 03689.
Sag C-184/96	Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Franske Republik.	Saml. 1998 s. I- 06197.
Sag C-67/97	Straffesag mod Ditlev Bluhme.	Saml. 1998 s. I- 08033.
Sag C-222/97	Manfred Trummer og Peter Mayer.	Saml. 1999 s. I- 01661.
Sag C-439/97	Sandoz GmbH mod Finanzlandesdirektion für Wien Niederösterreich und Burgenland.	Saml. 1999 s. I- 07041.
Sag C-44/98	BASF AG mod Präsident des Deutschen Patentamts.	Saml. 1999 s. I- 06269.
Forenede sager C-180/98 - C- 184/98	Pavel Pavlov m.fl. mod Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten.	Saml. 2000 s. I- 06451.
Sag C-190/98	Volker Graf mod Filzmoser Maschinenbau GmbH.	Saml. 2000 s. I- 00493.
Sag C-405/98	Konsumentombudsmannen (KO) mod Gourmet International Products AB (GIP).	Saml. 2001 s. I- 01795.
Sag C-439/99	Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod den Italienske Republik.	Saml. 2002 s. I- 00305.

Sag C-243/01	Straffesag mod Piergiorgio Gambelli m.fl.	Saml. 2003 s. I-13031.
Sag C-285/01	Isabel Burbaud mod Ministère de l'Emploi et de la Solidarité.	Saml. 2003 s. I-08219.
Sag C-20/03	Straffesag mod Marcel Burmanjer, René Alexander Van Der Linden og Anthony De Jong.	Saml. 2005 s. I-4133.
Sag C-134/03	Viacom Outdoor Srl mod Giotto Immobilier SARL.	Saml. 2005 s. I-01167.
Sag C-158/04 og C-159/04	Alfa Vita Vassilopoulos AE (C-158/04) og Carrefour AE (C-159/04) mod Elliniko Dimosio og Nomarchiaki Aftodioikisi Ioannion.	Saml. 2006 s. I-08135.
Forenede sager C-282/04 og C-283/04	Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Nederlandene.	Saml. 2006 s. I-09141.
Sag C-110/05	Kommissionen mod Italien.	
Sag C-142/05	Mickelsson og Roos	

6.2 Andre domstoler:

England & Wales Court of Appeal:	The Countryside Alliance & others v. HM Attorney General (2006) CA Civ 817.
----------------------------------	---

7 Lov- og forarbeidregister

Rdir 70/50/EØF	Kommissionens direktiv 70/50/EØF af 22. december 1969 under henvisning til bestemmelserne i artikel 33, stk. 7, om afskaffelse af foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriktioner, der ikke omfattes af andre bestemmelser truffet i medfør af EØF- traktaten.
2001/C 368/07	Meddelelse fra Kommissionen om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler). (2001/C 368/07).
NOU 2003:19	Makt og demokrati.
NOU 2005:13	Om forvalterregistrering av akjser i norske selskaper.